

Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
nach körperschaftsteuerlichen Grundsätzen
und nach dem Umwandlungs-Steuergesetz
vom 11. Oktober 1957

Hans Linder

1960

Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
nach körperschaftsteuerlichen Grundsätzen
und nach dem
Umwandlungs-Steuergesetz vom 11. Oktober 1957

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Staatswirtschaftlichen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt

von

Hans Linder

1960



Referent: Professor Dr. Otto Hintner

Korreferent: Professor Dr. Horst Jecht

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1960

V o r w o r t

Seit einigen Jahren steht die Frage der Konzentration im Mittelpunkt der wirtschaftlichen Auseinandersetzungen. Unter den mannigfachen Möglichkeiten und Formen der Konzentration kommt der Verschmelzung als dem engsten Zusammenschluss von Unternehmungen eine besondere Bedeutung zu. Die Aktualität der hiermit zusammenhängenden Probleme ist vor allem auf die Schaffung weiterer Verschmelzungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht zurückzuführen, für die das Umwandlungs-Steuer-gesetz - allerdings nur zeitlich befristet - auch steuerliche Erleichterungen gewährt. Die Gegenüberstellung dieser steuerbegünstigten Verschmelzung von Kapitalgesellschaften mit der auf Grund allgemeiner Körperschaftsteuerlicher Prinzipien ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Dabei wird insbesondere auf die grundsätzlichen Probleme der Bilanzierung einzugehen sein. Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse sind anschliessend auf Einzelfragen der Verschmelzung anzuwenden.

Der steuerlichen Behandlung der Verschmelzung liegt eine wirtschaftspolitische Entscheidung zugrunde. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es nun nicht, das Für und Wider der Steuerpolitik als einem Instrument zur Förderung oder Hemmung von Konzentrationsbewegungen abzuwägen. Vielmehr ist die konkrete rechtliche Regelung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften nach Körperschaftsteuerrecht und Umwandlungs-Steuer-gesetz unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu untersuchen.

An dieser Stelle möchte ich mir gestatten, meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Otto Hintner, meinen aufrichtigen Dank für die freundliche Überlassung des Themas auszusprechen.

Dank gebührt auch den Herren Dr. G. Mann und Dr. A. Heigl für ihre wertvollen Hinweise während der Bearbeitung des Themas.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	
I. Begriff der Verschmelzung	1
1. Der betriebswirtschaftliche Verschmelzungs- begriff	1
2. Der gesellschaftsrechtliche Verschmelzungs- begriff	3
3. Der steuerliche Verschmelzungsbegriff und die in dieser Arbeit behandelten Verschmelzungsfälle	5
II. Gesellschaftsrechtliche Regelung der Ver- schmelzung von Kapitalgesellschaften	6
1. Die Verschmelzung nach Aktienrecht	6
2. Die Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes	10
3. Gegenüberstellung der Verschmelzung nach Aktienrecht und Umwandlungsgesetz	11
III. Generelle steuerliche Behandlung des Ver- schmelzungsvorgangs	13
1. Die Besteuerung nach allgemeinen Vor- schriften	13
2. Die Konzeption des Umwandlungs-Steuerge- setzes	14

	Seite
Erster Teil	
Grundsätzliche Probleme der Bilanzierung	16
A. Die gesellschaftsrechtlichen Bilanzierungs- vorschriften	16
I. Die Verschmelzung nach den Bestimmungen des Aktienrechts	16
1. Die "Schlussbilanz" der übertragenden Gesellschaft	16
2. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft	18
II. Die Verschmelzung nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes	20
1. Die Endbilanz der übertragenden Gesell- schaft	20
2. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft	22
B. Die körperschaftsteuerlichen Bilanzierungs- grundsätze	23
I. Die anlässlich der Verschmelzung entste- henden Erfolge und ihre Besteuerung	23
1. Der Übertragungserfolg	23
2. Der Übernahmeerfolg	31
3. Die Gewinnverwirklichung bei den An- teilseignern der Übertragerin	31
4. Zusammenfassende Charakterisierung der Problemstellung	32

	Seite
II. Die Sicherstellung der späteren Besteuerung des Übertragungsgewinns	34
1. Die Verschmelzung unter Hingabe von jungen Aktien	34
a) Die Bewertung der übernommenen Wirtschaftsgüter	34
b) Die Bedeutung der Ausgleichsposten in der Übernahmebilanz	36
c) Die Sicherstellung der Besteuerung und die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz	38
2. Die Verschmelzung unter Aufgabe von Beteiligungsrechten oder unter Gewährung eigener Aktien	40
a) Die Wertfortführung in analoger Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen	40
b) Die Bewertung nach Tauschgrundsätzen zum Buchwert der Gegenleistung	49
ba) Die allgemeine steuerliche Behandlung von Tauschvorgängen	49
bb) Die Frage der wirtschaftlichen Nämlichkeit	51
bc) Das Problem der Aktivierung eines Geschäftswerts	57
c) Verbleibende Möglichkeiten der Sicherstellung der Besteuerung	60
ca) Die Aufstockung des Buchwerts der untergehenden Anteilsrechte	61
cb) Die steuerlich erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens	62
cc) Die Aktivierung eines Kapitalberichtigungspostens	66
cd) Die Sicherstellung der Besteuerung und die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz	69
ce) Ergebnis	69

	Seite
C. Die Bilanzierung nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes	71
I. Die Bilanzierung bei der übertragenden Gesellschaft	72
1. Der Ansatz der Buchwerte	72
2. Der Ansatz höherer Werte	73
II. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft	76
1. Allgemeine Grundlagen	76
2. Der Übernahmeerfolg bei unter den Buch- werten der übernommenen Wirtschaftsgü- ter liegendem Buchwert der Beteiligung	78
3. Der Übernahmeerfolg bei über den Buch- werten der übernommenen Wirtschaftsgü- ter liegendem Buchwert der Beteiligung	82
4. Das Problem der Wertauf- und Wertab- stockung im besonderen	85
III. Der Massgeblichkeitsgrundsatz und die Be- wertung nach dem Umwandlungs-Steuergesetz	39
D. Gegenüberstellung der Bilanzierungsgrund- sätze nach Körperschaftsteuerrecht und Um- wandlungs-Steuergesetz	90
I. Verlagerung der Realisierung im Körper- schaftsteuerrecht, Verzicht auf die Rea- lisierung im Umwandlungs-Steuergesetz	90
II. Kritische Würdigung	93

	Seite
Zweiter Teil	
Besondere Probleme der Bilanzierung	96
I. Sonderfälle der Gegenleistung	96
1. Anteilsrechte der aufnehmenden Gesellschaft in Händen der Übertragerin	97
2. Eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft	98
3. Verschiedenartige Gegenleistungen	101
II. Besondere Fragen bei der Bilanzierung des Anfangsvermögens der übertragenden Gesellschaft	101
1. Die Berücksichtigung von Gewinnausschüttungen	102
2. Das hilfsweise Anfangsvermögen	103
III. Der Bilanzierungszeitpunkt für das Endvermögen der übertragenden Gesellschaft	103
1. Die Frage der steuerlichen Rückbeziehung bei der Verschmelzung nach Aktienrecht	104
2. Die Möglichkeit der steuerlichen Rückbeziehung bei der Verschmelzung nach Umwandlungsrecht	106
IV. Von der übertragenden Gesellschaft gewährte Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG	107
1. Die Behandlung der vor dem 1.1.1955 hingegebenen Darlehen	107

	Seite
2. Die Behandlung der nach dem 31.12.1954 hingegebenen Darlehen	109
V. Schuldverhältnisse zwischen übertragen- der und aufnehmender Gesellschaft	110
1. Forderungen und Verbindlichkeiten	111
2. Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG	112
3. Rückstellungen für ungewisse Schulden	115
VI. Der Verlustvortrag der untergehenden Gesellschaft	115
VII. Die bilanzielle Behandlung der Kosten und Steuern der Verschmelzung	117
VIII. Die Besteuerung des Übertragungs- und Übernahmegewinns nach Körperschaft- steuerrecht und Umwandlungs-Steuer- gesetz	119

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BStBl	Bundessteuerblatt
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
DMBilG	D-Mark-Bilanzgesetz
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungs- verordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
ff.	folgende
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesell- schaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lat.	lateinisch

Nr.	Nummer
OFH	Oberster Finanzgerichtshof
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl	Reichsgesetzblatt
RStBl	Reichssteuerblatt
S.	Seite
Sp.	Spalte
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
Tz	Textziffer
u.a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 12. November 1956
UmwStG	Umwandlungs-Steuergesetz vom 11. Oktober 1957
v.	vom
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

E i n l e i t u n g

I. Begriff der Verschmelzung

1. Der betriebswirtschaftliche Verschmelzungsbegriff

In der Betriebswirtschaftslehre wird der Begriff "Verschmelzung" in unterschiedlichem Sinne angewendet. Daneben findet sich häufig auch der ältere Ausdruck "Fusion", allerdings nicht immer in gleicher Bedeutung.

Schmalenbach weist darauf hin, dass man früher nur beim Zusammenschluss grösserer Unternehmungen von einer Fusion sprach, lässt jedoch diese Differenzierung auf sich beruhen.¹⁾ Da das wirtschaftliche Gewicht eines Vorgangs für die Begriffsanwendung nicht entscheidend ist, wird dieser Ansicht zugestimmt. Nicht angängig ist es indes, die sich ergebende Gesamtunternehmung als Fusion zu bezeichnen.²⁾ Ihr Wesen liegt in der Vereinigung der Unternehmen, nicht im Ergebnis dieses Prozesses.³⁾ Der gleiche Gedanke kommt in dem Begriff der Verschmelzung zum Ausdruck. Daher ist auch im Steuerrecht von einer Übereinstimmung der beiden Begriffe auszugehen.⁴⁾

Versteht man unter der Verschmelzung (Fusion) "jede Vereinigung von mehreren Unternehmungen zu einer einzigen",⁵⁾ dann stellt sich sogleich die Frage, wann die Vereinigung als vollzogen anzusehen ist. Hierüber gehen die Meinungen auseinander,

1) Vgl. Schmalenbach, E., "Die Aktiengesellschaft", 7. Aufl., Köln und Opladen 1950, S.147.

2) Vgl. Liefmann, R., "Kartelle Konzerne und Trusts", 8. Aufl., Stuttgart 1930, S.53: "Doch war eine dauernde Monopolisierung in der Regel nur da möglich, wo es gelang, alle oder den grössten Teil der beteiligten Unternehmer in einer einzigen Unternehmung zusammenzufassen, sie ihrer Selbständigkeit zu berauben und eine monopolistische Fusion an ihre Stelle zu setzen."

3) Vgl. (lat.) fundere, giessen, (Erz) einschmelzen.

4) Vgl. die Überschrift zu § 15 KStG.

5) Schmalenbach, E., a.a.O., S.147.

wodurch der Begriff Verschmelzung jeweils einen verschiedenartigen Inhalt erhält.

Von einer "wirtschaftlichen" oder "unechten" Fusion ist schon die Rede, wenn die einzelnen Unternehmen formal ihre Selbständigkeit behalten und in Gestalt eines Konzerns oder einer Interessengemeinschaft, d.h. durch kapitalmässige bzw. vertragliche Bindungen, zusammengeschlossen werden.¹⁾ Nach einem neueren Vorschlag ist eine Verschmelzung nur anzunehmen, "wenn mindestens 50% des Kapitals einer Unternehmung mit dem einer anderen vereinigt wird".²⁾ Auch wenn man davon absieht, dass die genannte Beteiligungshöhe keine völlige Beherrschung ermöglicht, werden die Unternehmen hierbei allein wirtschaftlich, nicht jedoch juristisch, zu einer Einheit verbunden. Schmalenbach, der die Angliederung von Unternehmen durch Majoritätserwerb zunächst ebenfalls in den Begriff der Fusion einbezogen hatte, ist später von dieser Auffassung "mit Rücksicht auf das sich allmählich ausgestaltende Recht der Konzerne" abgerückt.³⁾ Unter diesem Blickwinkel betrachtet lässt sich der Begriff der "wirtschaftlichen" Fusion nicht aufrecht erhalten. Im Interesse einer exakten Abgrenzung der verschiedenen Formen von Unternehmungszusammenschlüssen ist mithin als begriffswesentliches Merkmal der Verschmelzung betriebswirtschaftlich der Untergang der rechtlichen Selbständigkeit mindestens eines der Unternehmen anzusehen. Insoweit hat sich eine Annäherung an den juristischen Begriff der Verschmelzung ergeben. Betriebswirtschaftlich sind indes weder die Rechtsform der Unternehmen, noch die rechtliche Ausgestaltung der Fusionierung im einzelnen für den Verschmelzungsbegriff von Bedeutung.

-
- 1) Vgl. Leitner, F., "Bilanztechnik und Bilanzkritik", 6. und 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1923, Bd. II, S. 372/373. - Henzel, F., "Handwörterbuch der Betriebswirtschaft", 2. Aufl., Stuttgart 1939, Bd. II, Stichwort "Verschmelzung", Sp. 2062.
 - 2) Töndury-Gsell, "Finanzierungen", Zürich 1948, S. 263.
 - 3) Vgl. Schmalenbach, E., a.a.O., S. 147.

2. Der gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsbegriff

Juristisch gelten nur bestimmte, im Aktiengesetz geregelte Vorgänge als Verschmelzung.¹⁾ Die Wesensmerkmale der Verschmelzung durch Aufnahme bestehen in der Veräusserung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft als Ganzes an die aufnehmende Gesellschaft gegen Gewährung von jungen Aktien, eigenen Aktien oder Beteiligungsrechten an der Übertragerin.²⁾ Bei der Verschmelzung durch Neubildung indes geht das Vermögen jeder der sich vereinigenden Gesellschaften als Ganzes auf eine zu errichtende Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft über.³⁾ In beiden Fällen tritt der Vermögensübergang unter Ausschluss der Abwicklung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ein.⁴⁾

Kann eine Verschmelzung in diesem Sinne nicht durchgeführt werden, weil z.B. eine Liquidation stattfinden soll oder an Stelle von Gesellschaftsrechten Geld oder sonstige Vermögenswerte die Gegenleistung bilden, so lassen sich Kapitalgesellschaften durch "Vermögensübertragung in anderer Weise" zusammenschliessen.⁵⁾ Die Vermögensübertragung vollzieht sich dabei, wenn die Auflösung beschlossen wird, auf Grund der allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen über die Abwicklung.⁶⁾ Diese Möglichkeit wird auch als "uneigentliche Fusion"⁷⁾ oder als

-
- 1) Vgl. Drittes Buch, Erster Teil des Aktiengesetzes. Die Verschmelzung von Genossenschaften gleicher Haftart gemäss §§ 93a ff. GenG interessiert hier nicht.
 - 2) Vgl. §§ 233 Ziff. 1 in Verbindung mit § 238 Abs.1 AktG.
 - 3) Vgl. §§ 233 Ziff. 2 und 247 AktG.
 - 4) Früher galt im Handelsrecht als Fusion lediglich die Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer anderen (oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien) mit oder ohne Liquidation (Vgl. §§ 305, 306 HGB). Bei der Neuregelung und Erweiterung dieser Möglichkeiten im Aktienrecht bediente sich der Gesetzgeber jedoch ausschliesslich des Begriffs der Verschmelzung.
 - 5) Vgl. § 255 AktG.
 - 6) Wird die Auflösung nicht beschlossen, so bleibt die ihr Vermögen übertragende Gesellschaft z.B. als Holdinggesellschaft bestehen.
 - 7) Vgl. Baumbach-Hueck, "Aktiengesetz", 9.Aufl., München und Berlin 1956, Übersicht zu §§ 253 ff. AktG, S.547.

"Fusion mit Liquidation"¹⁾ bezeichnet.

Neben den Bestimmungen des Aktienrechts gestatten auch diejenigen des Umwandlungsgesetzes,²⁾ Kapitalgesellschaften miteinander zu vereinigen.³⁾ Hierbei empfängt die übernehmende Gesellschaft das Vermögen der Übertragerin unter Aufgabe von Anteilsrechten an dieser als Ganzes ohne Liquidation. Daher stimmen die rechtlichen Merkmale dieser "verschmelzenden" (übertragenden) Umwandlung⁴⁾ mit denen der Verschmelzung gemäss § 238 Abs.1 AktG überein. Wenn man das Wesen der Fusion in der Vereinigung mehrerer Unternehmen und das der Umwandlung in der Überführung ein und desselben Unternehmens von einer Rechtsform in eine andere sieht,⁵⁾ dann stellt diese "verschmelzende Umwandlung" von Kapitalgesellschaften materiell eine Fusion dar.⁶⁾ Der Zusammenschluss von Kapitalgesellschaften nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes ist somit, entgegen der dort angewandten Terminologie, als Verschmelzung anzusprechen.

-
- 1) Vgl. Bühler, O., "Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne", 3.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1956, S.139.
 - 2) Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften (Umwandlungsgesetz) vom 12. 11.1956 (BGBl I, S.844).
 - 3) Die Umwandlung nach den Vorschriften des Aktienrechts (vgl. §§ 257 ff. AktG) stellt dagegen eine Satzungsänderung unter Aufrechterhaltung der Identität der Rechtspersönlichkeit dar (formwechselnde Umwandlung). Eine Vermögensübertragung findet nicht statt.
 - 4) Vgl. Böttcher-Meilicke, "Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften", 5.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1958, S.528. - Thiel, R., "Die schwindende Kapitalgesellschaft im Körperschaftsteuer- und Einkommensteuerrecht", in: "Der Betrieb 1957, S.28 ff. (S.28).
 - 5) Vgl. Brönner, H., "Die Besteuerung der Gesellschaften", 9.Aufl., Stuttgart 1957, S.613.
 - 6) Im Schrifttum wird demgemäss neuerdings auch von einer "umwandelnden Verschmelzung" gesprochen. Vgl. Thiel, R., "Die Gewinnverwirklichung bei der Liquidation, der Verschmelzung und der nicht steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften", in: "Der Betrieb" 1959, S.1092 ff. (S.1094).

3. Der steuerliche Verschmelzungsbegriff und die in dieser Arbeit behandelten Verschmelzungsfälle

Im Körperschaftsteuerrecht ist zunächst die Erfassung des Gewinns geregelt, der sich beim Übergang des Vermögens einer Kapitalgesellschaft "mit oder ohne Abwicklung (Liquidation) auf einen anderen" ergibt.¹⁾ In Anwendung wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist also hier begrifflich weder die Person des Übernehmers noch die Art der Vermögensübertragung von Bedeutung.²⁾ Für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften gelten jedoch spezielle Bestimmungen, so dass dieser hier allein interessierende Fall körperschaftsteuerlich eine Sonderstellung einnimmt. Die grundsätzliche Besteuerung des sich beim Übergang ergebenden Gewinns entfällt, wenn - neben anderen Voraussetzungen - "Gesellschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft" gewährt werden.³⁾

Die im Umwandlungs-Steuergesetz⁴⁾ vorgesehenen Erleichterungen können nur in Anspruch genommen werden, falls die Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes beschlossen wurde. Hierbei ist Voraussetzung, dass die aufnehmende Gesellschaft für das Betriebsvermögen der Übertragerin Gesellschaftsrechte an dieser gewährt.

Bei der "Vermögensübertragung in anderer Weise" werden regelmäßig keine Gesellschaftsrechte hingegeben. Diese Form der Vereinigung von Kapitalgesellschaften scheidet deshalb für die folgenden Untersuchungen aus. Des weiteren bleibt die aktienrechtliche Verschmelzung durch Neubildung ausser Betracht, nachdem das Umwandlungsgesetz keine entsprechende Möglichkeit kennt.

Als "Verschmelzung" oder "Fusion" wird mithin in der vorliegenden Arbeit die Vereinigung von Kapitalgesellschaften

1) Vgl. § 15 Abs.1 Satz 1 KStG.

2) Darunter fallen z.B. die Übertragung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft bzw. Einzelunternehmung (§ 255 AktG) oder einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 254 AktG) sowie auch die Verstaatlichung (§ 253 AktG).

3) Vgl. § 15 Abs.2 KStG.

4) Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 11.10.1957 (BGBl I, S.1713).

durch Aufnahme nach den Vorschriften des Aktienrechts und des Umwandlungsgesetzes verstanden. Dabei sind einander die ertragsteuerlichen Probleme gegenüberzustellen, die sich bei der Verschmelzung unter Hingabe von jungen Aktien und unter Aufgabe von Anteilsrechten an der Übertragerin oder Gewährung von eigenen Aktien ergeben. Durch die vorgenommene Abgrenzung wird der Fusionsbegriff generellen Inhalts nicht berührt.

II. Gesellschaftsrechtliche Regelung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

1. Die Verschmelzung nach Aktienrecht

Das Wesen der aktienrechtlichen Verschmelzung liegt darin, dass die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen als Ganzes an die Übernehmerin veräussert. Hierzu sind Beschlüsse der Hauptversammlungen beider Gesellschaften mit einer Mehrheit von jeweils drei Viertel des vertretenen Grundkapitals notwendig.¹⁾ Der Vorstand jeder Gesellschaft hat die Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die aufzunehmende Gesellschaft erlischt mit der Eintragung der Verschmelzung in das zuständige Handelsregister. Das Vermögen geht einschliesslich der Schulden auf die übernehmende Gesellschaft über.²⁾

Um die Mitglieder der Übertragerin mit Aktien³⁾ entschädigen zu können, ist das Grundkapital der aufnehmenden Gesellschaft zu erhöhen.⁴⁾ Die Verschmelzung kann jedoch gemäss § 238

1) Vgl. § 234 AktG; ein Beschluss der Hauptversammlung der Übernehmerin kann unterbleiben, wenn der Gesamtnennbetrag der zu gewährenden Aktien den zehnten Teil des Grundkapitals dieser Gesellschaft nicht übersteigt.

2) Vgl. §§ 239 Abs.1, 240 Abs.3 und 4 AktG.

3) Bare Zuzahlungen sind, da dem Wesen der Verschmelzung entsprechend Aktien die Gegenleistung bilden, gemäss § 238 Abs.2 AktG auf 10% des Gesamtnennbetrages der gewährten Aktien der Übernehmerin beschränkt.

4) Dabei kann es sich um eine gewöhnliche Kapitalerhöhung handeln oder um noch nicht begebene Aktien aus einer bedingten

Abs.1 AktG insoweit ohne Kapitalerhöhung durchgeführt werden, als die Übernehmerin eigene Aktien gewährt oder Anteile der Übertragerin besitzt. Im letzteren Fall gehört die aufnehmende Gesellschaft selbst zu den abfindungsberechtigten Anteileseignern. Nach herrschender Ansicht hat deshalb insoweit eine Kapitalerhöhung zu unterbleiben, da andernfalls direkt oder indirekt der Bestand an eigenen Aktien - im Widerspruch zu den in § 65 AktG niedergelegten Grundsätzen - erhöht würde.¹⁾ Eine Verpflichtung zur Hingabe von eigenen Aktien der Übernehmerin an Stelle von jungen Aktien besteht jedoch nicht.²⁾

In analoger Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 238 Abs.1 AktG kann auch insoweit eine Kapitalerhöhung entfallen, als die untergehende Gesellschaft im Besitz von eigenen Anteilen oder von Aktien der Übernehmerin ist. Für die eigenen Anteile ist eine Gegenleistung nicht erforderlich; die Aktien der aufnehmenden Gesellschaft im Bestand der Übertragerin können zur Abfindung der Anteilseigner der Übertragerin verwendet werden.³⁾ Infolge der Wirkung auf den Bestand eigener Aktien nach der Vermögensübernahme dürfte wohl sogar ein Zwang hierzu anzunehmen sein.

Da Anteile an Kapitalgesellschaften kein Eigentumsrecht am Vermögen, sondern Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft gewähren,⁴⁾ bilden die Vermögen der beteiligten Unternehmen erst mit der Verschmelzung unter gleichzeitiger Vernichtung der Anteile an der Übertragerin auch juristisch eine Einheit.

Im Verschmelzungsvertrag ist u.a. das Umtauschverhältnis anzugeben, d.h. das Verhältnis der Nominalwerte, zu dem die An-

Kapitalerhöhung und aus genehmigtem Kapital (vgl. §§ 149 ff., 159 ff. und 169 ff. AktG).

- 1) Vgl. Baumbach-Hueck, a.a.O., § 238 Anm.1. - v.Godin-Wilhelmi, "Aktiengesetz", 2.Aufl., 1950 § 238 Anm.3. - Gadow-Heinichen-E.Schmidt-W.Schmidt-Weipert, "Aktiengesetz", Berlin 1939 § 238 Anm.5. Im folgenden zitiert: Gadow-Heinichen.
- 2) Vgl. Schlegelberger-Quassowski-Herbig-Gessler-Hefermehl, "Aktiengesetz", 3.Aufl., Berlin 1939 § 238 Anm.11. Im folgenden zitiert: Schlegelberger-Quassowski. - Anderer Meinung Gadow-Heinichen, a.a.O., § 238 Anm.5 unter Hinweis auf § 65 AktG, "der den Erwerb eigener Aktien nur als Ausnahme zulässt".
- 3) Vgl. Baumbach-Hueck, a.a.O., § 238 Anm.1.
- 4) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., § 238 Anm.3.

teile der übertragenden Gesellschaft in junge oder eigene Aktien der Übernehmerin umgetauscht werden.¹⁾ Hierbei entsteht das Problem, Leistung und Gegenleistung miteinander in Einklang zu bringen. Die Festlegung eines Umtauschverhältnisses wird dagegen insoweit gegenstandslos, als sich die Anteile der Übertragerin in der Hand der aufnehmenden Gesellschaft befinden. In diesem Falle ist eo ipso das Gleichgewicht zwischen der Leistung in Form des übergelassenen Vermögens und der Gegenleistung in Gestalt der erlöschenden Anteilsrechte gegeben.²⁾

Die jeweiligen Börsenkurse, nach denen früher häufig das Umtauschverhältnis bemessen wurde, bringen den inneren Wert der Unternehmen nicht immer zum Ausdruck. Dies zeigen die oft beträchtlichen Zuschläge, die beim Erwerb von Aktienpaketen zu bezahlen sind, ebenso wie die spekulativen und zum Teil auch die politischen Einflüsse auf die Kursbildung.³⁾ Daneben wird gelegentlich der Bilanzkurs, der das effektive Eigenkapital einer Unternehmung als Prozentsatz ihres nominellen Eigenkapitals ausdrückt,⁴⁾ der Ermittlung des Umtauschverhältnisses zugrunde gelegt. Auch dieser Masstab kann jedoch durch die meist unterschiedlich gehandhabten Bewertungsprinzipien nur einen Anhaltspunkt für die wirklichen Unternehmungswerte geben.

Der Wert einer Unternehmung ist gemeinhin durch ihre Ertragsfähigkeit bestimmt. Bei der Verschmelzung wird die erlöschende Gesellschaft als Ganzes übernommen. Das Problem des Umtauschverhältnisses ist daher grundsätzlich über eine Gesamtbewertung beider Unternehmen zu lösen. Hierdurch lässt sich ein gerechter Ausgleich der gegensätzlichen Interessen zwischen den

-
- 1) Komplizierte Umtauschverhältnisse lassen sich durch Gewinnausschüttungen, Zuzahlungen in bar, durch Kapitalerhöhungen bzw. -herabsetzungen oder durch Kursmanipulationen vereinfachen.
 - 2) Das Problem bleibt aber unabhängig davon bestehen, ob alle oder nur wenige Anteile umzutauschen sind.
 - 3) Die freien Aktionäre geben ihre Zustimmung nur, wenn das Umtauschverhältnis mindestens etwa den Börsenkursen entspricht.
 - 4) Vgl. Bussmann, K.F., "Finanzierungsvorgänge", München 1955, S.76.

Gesellschaftern der Übertragerin und der aufnehmenden Gesellschaft erreichen. Die Auffassung, dass im Falle der Verschmelzung andere Bewertungsgesichtspunkte als der Ertragswert der einzelnen Unternehmungen ausschlaggebend sind, nachdem diese "zu einem höheren Ganzen, zu einer organischen Einheit" vereinigt werden,¹⁾ ist nicht haltbar. Zwar werden die Ertragsaussichten des nach der Verschmelzung entstehenden Gesamtunternehmens in der Regel höher sein als die Summe der voraussichtlichen Zukunftserträge der einzelnen Unternehmen vor der Fusion. Wenn an dem Gesamtunternehmen die Anteilseigner der übertragenden und die der übernehmenden Gesellschaft jedoch im Verhältnis der einzelnen Ertragswerte beteiligt werden, partizipieren sie auch entsprechend an dem erst mit der Erreichung des Fusionszwecks geschaffenen Mehrwert des Gesamtunternehmens. Hierdurch wird das Problem der Zurechnung dieses Mehrwerts in einer als objektiv anzusprechenden Weise gelöst.

Zur Beurteilung der Ertragsfähigkeit eines Unternehmens dienen die in der Vergangenheit erzielten Erträge, soweit sie nicht auf ausserordentlichen Umständen beruhen. Davon ausgehend ergibt sich dann die schwierige Aufgabe, die zukünftigen Ertragsaussichten der Unternehmen abzuschätzen.

Das danach festzulegende Umtauschverhältnis kann indes durch die Machtstellung eines Verschmelzungspartners - in der Regel der aufnehmenden Gesellschaft - beeinflusst werden. Ist z.B. eine Sanierung der Übertragerin notwendig, weil sie seit Jahren mit Verlust arbeitet, oder weicht die Grösse der fusionierenden Unternehmen erheblich voneinander ab, so wird der wirtschaftlich Stärkere nicht selten die Bedingungen für die Übernahme diktieren. Unabhängig davon kann ein Beteiligungsverhältnis einen mehr oder weniger grossen Einfluss begründen. Dies trifft in besonderem Masse für die Verschmelzung nach dem Umwandlungsrecht zu.

1) Vgl. Haar, A., in: Meithner, K., Festgabe für Julius Ziegler, "Die Bilanzen der Unternehmungen", Berlin, Wien 1934, Bd.II, S.571 ff. (S.580).

2. Die Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes

Im Umwandlungsgesetz¹⁾ sind zunächst Erleichterungen für den Übergang des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf eine bestehende Personengesellschaft vorgesehen, falls diese sämtliche oder mehr als drei Viertel der Anteilsrechte der Kapitalgesellschaft besitzt.²⁾³⁾

Die hierfür erlassenen Bestimmungen gelten jedoch in gleicher Weise für die Vermögensübertragung auf den Allein- oder Hauptgesellschafter.⁴⁾ Dieser kann nicht nur eine natürliche, sondern ebenso eine juristische Person sein. Deshalb ist eine Fusion von Kapitalgesellschaften auch nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes möglich. Eine Beteiligung an der Übertragerin von mehr als 75% wird indes nicht immer gegeben sein und auch nicht geschaffen werden können, wenn sich die Anteile in festen Händen befinden. In diesem Falle kann eine Verschmelzung lediglich nach den Bestimmungen des Aktienrechts unter Hingabe junger oder eigener Aktien vorgenommen werden.

Für die Vermögensübertragung auf einen Gesellschafter sind die Vorschriften der §§ 3 bis 8 UmwG entsprechend anwendbar.⁵⁾

-
- 1) Nach dreimaliger Verlängerung, zuletzt durch das Handelsrechtliche Bereinigungsgesetz vom 18.4.1950 (BGBl I, S.90), wurde das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5.7.1934 (RGBl I, S.569) mit seinen vier Durchführungsverordnungen ab 1.1.1957 durch das zeitlich unbefristete Umwandlungsgesetz vom 12.11.1956 abgelöst. Auch nach der früheren Regelung war eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften möglich (vgl. § 11 der Durchführungsverordnung v. 14.12.1934, RGBl I, S.1264). In dem hier interessierenden Zusammenhang bestehen somit keine grundsätzlichen Abweichungen. Daher können die Erörterungen auf das geltende Recht beschränkt bleiben.
 - 2) Befinden sich die Anteilsrechte dagegen in einem Privatvermögen, so gestatten §§ 16 ff. UmwG die Errichtung eines Unternehmens. Diese "errichtende" (übertragende) Umwandlung ist indes, da eine Kapitalgesellschaft nicht gegründet werden kann, hier ohne Bedeutung.
 - 3) Eigene Anteile der Übertragerin werden bei der Feststellung dieser Voraussetzung den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung zugerechnet. Vgl. § 10 UmwG.
 - 4) Vgl. § 15 Abs.1 UmwG.
 - 5) Vgl. § 15 Abs.1 in Verbindung mit § 9 Abs.2 UmwG.

Zur Fusion genügt danach - im Gegensatz zu den aktienrechtlichen Normen - ein Beschluss der Hauptversammlung der untergehenden Gesellschaft, ohne dass es eines besonderen Veräusserungsvertrages bedarf. Diese Regelung ist aus der zwischen den Verschmelzungspartnern bestehenden engen kapitalmässigen Verflechtung zu verstehen. Der Vorstand hat den Hauptversammlungsbeschluss zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Mit der Eintragung empfängt die aufnehmende Gesellschaft das Vermögen der Übertragerin, deren Firma gleichzeitig erlischt.

Wird das Vermögen nicht vom Allein-, sondern vom Hauptgesellschafter übernommen, so sind weitere Bestimmungen zu beachten.¹⁾ Diese regeln insbesondere die Abfindungsansprüche der ausscheidenden Minderheitsanteilseigner.

3. Gegenüberstellung der Verschmelzung nach Aktienrecht und Umwandlungsgesetz

Die Verschmelzung nach den Vorschriften des Aktienrechts und des Umwandlungsgesetzes stimmen in ihren juristischen Wesensmerkmalen überein. In beiden Fällen wird das Vermögen einer Kapitalgesellschaft unter Ausschluss der Abwicklung durch Universalsukzession auf eine andere Kapitalgesellschaft übertragen. Dagegen kann die Art der gewährten Gegenleistung verschiedenen sein.

Besteht zwischen den Verschmelzungspartnern kein Beteiligungsverhältnis, so ist ihre Vereinigung allein nach den Vorschriften des Aktienrechts gegen Gewährung junger oder eigener Aktien möglich. Liegt ein Beteiligungsverhältnis vor, so wird insoweit die Fusion ohne Erhöhung des Grundkapitals durchgeführt. Besitzt die aufnehmende Gesellschaft eine Beteiligung von mehr

1) Verschmelzung durch Mehrheitsbeschluss gemäss §§ 9 bis 14 UmwG, eine Möglichkeit, deren Zulässigkeit voraussichtlich noch vom Bundesverfassungsgericht entschieden wird. Vgl. die Notiz über die ausserordentliche Hauptversammlung der Feldmühle Papier und Zellstoffwerke AG, Düsseldorf, in: "Frankfurter Allgemeine" vom 23.12.1959, S.20.

als 75% an der Übertragerin, so kann entweder auf Grund der Bestimmungen des Aktienrechts oder derjenigen des Umwandlungsgesetzes fusioniert werden. Die letztere Möglichkeit stellt somit ihrem Wesen nach einen Spezialfall der aktienrechtlichen Verschmelzung dar. Während der Geltungsdauer des Umwandlungs-Steuerergesetzes ist der handelsrechtlich eingeschlagene Weg der Verschmelzung auch für die steuerliche Behandlung entscheidend.

Im Gegensatz zu der aktienrechtlichen Regelung brauchen die Minderheitsgesellschafter nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes nicht an der entstehenden Gesamtunternehmung beteiligt zu werden. Sie scheiden vielmehr gegen eine grundsätzlich in Geld zu gewährende, angemessene Abfindung aus. Durch Vertrag könnte diese jedoch in Sachwerten oder in sonstiger Weise, d.h. auch durch Hingabe von jungen Aktien oder eigenen Anteilen, vereinbart werden.¹⁾

Die durch das Umwandlungsgesetz erweiterten Fusionsmöglichkeiten haben eine erhebliche praktische Bedeutung. Kommen doch hier sämtliche Formen der Kapitalgesellschaft - Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die bergrechtliche Gewerkschaft²⁾ - als Übertragende und als aufnehmende Gesellschaft in Frage.³⁾ Den aktienrechtlichen Bestimmungen gemäss sind zwar ebenfalls alle Formen übertragungsfähig, doch ist die Aufnahmefähigkeit auf Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien beschränkt, da Aktien als Gegenleistung zu gewähren sind. Diese Bedingung wird naturgemäss allein von den genannten beiden Unternehmungsformen erfüllt. Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder bergrechtliche Gewerkschaften können somit andere Kapitalgesellschaften nur nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes übernehmen, d.h. nur über den Erwerb einer Beteiligung von mehr als 75%. Diese beiden Rechtsformen sind daher im Hinblick auf die Eingliederungsmöglichkeiten den übrigen Kapitalgesellschaften gegenüber benachteiligt.

1) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.142.

2) Letztere wird - im Gegensatz zu der Aufzählung in § 1 Abs.1 Ziff.1 KStG - in § 1 UmwG nicht in den Begriff der Kapitalgesellschaft einbezogen, sondern besonders genannt.

3) Vgl. §§ 23 bis 29 UmwG.

III. Generelle steuerliche Behandlung des Verschmelzungsvorgangs

Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften nach den Bestimmungen des Aktienrechts und des Umwandlungsgesetzes ist grundsätzlich nach körperschaftsteuerlichen Normen zu beurteilen. Für die in der Zeit vom 1.1.1957 bis zum 31.12.1959 auf Grund des Umwandlungsgesetzes beschlossenen Fusionen gelten indes die Bestimmungen des Umwandlungs-Steuergesetzes vom 11.10.1957.

1. Die Besteuerung nach allgemeinen Vorschriften

Die Besteuerung des bei der übertragenden Gesellschaft sich ergebenden Gewinns ist in § 15 KStG geregelt. Dagegen bestehen keine besonderen Bestimmungen für die Frage, ob bei der Übernehmerin und den Anteilseignern der Übertragerin ein Gewinn zu verwirklichen ist. Hierfür gelten die allgemeinen steuerlichen Grundsätze.

Auf die Vermögensübertragung des erlöschenden Unternehmens sind die Prinzipien über die Auflösung und Abwicklung von Kapitalgesellschaften entsprechend anzuwenden.¹⁾ Ein danach entstehender Gewinn unterliegt jedoch im Verschmelzungszeitpunkt nicht der Körperschaftsteuer, falls das Vermögen einer inländischen Kapitalgesellschaft als Ganzes auf eine andere inländische Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten der aufnehmenden Gesellschaft übergeht und sichergestellt ist, dass er später steuerlich erfasst wird.²⁾

1) Vgl. § 15 Abs.1 Satz 1 KStG.

2) Vgl. § 15 Abs.2 KStG. Dagegen war gemäss § 18 Abs.3 KStG 1925 (RGBl I, S.208) die Vermögensübertragung einer Erwerbsgesellschaft, eines Betriebs oder einer Verwaltung im Sinne des § 2 Nr.3 KStG 1925 auf eine andere inländische Erwerbsgesellschaft oder auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts steuerfrei.

Die Frage, was "inländische" Kapitalgesellschaften sind und wann das Vermögen "als Ganzes" übertragen wird, kann unschwer beantwortet werden.

Eine Kapitalgesellschaft gilt als "inländisch", wenn sie ihre Geschäftsleitung o d e r ihren Sitz im Inland hat, d.h. unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist.¹⁾ Der engere Standpunkt, dass s o w o h l der Sitz a l s a u c h die Geschäftsleitung im Inland liegen müssen,²⁾ wird nicht geteilt, da die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht beider Gesellschaften im Hinblick auf die zuletzt genannte umfassende Bedingung der Sicherstellung der späteren Besteuerung genügt.

Bei der Verschmelzung nach den Vorschriften des Aktienrechts und des Umwandlungsgesetzes wird das Vermögen unter Ausschluss der Abwicklung als Sachgesamtheit übertragen; es geht somit "als Ganzes" über.³⁾

Erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen indes über die beiden weiteren Voraussetzungen einer Inanspruchnahme der Steuervergünstigung nach § 15 Abs.2 KStG. Die Frage, was unter "Gesellschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft" zu verstehen ist, hängt eng mit dem bilanziellen Problem der Sicherstellung der späteren steuerlichen Erfassung des sich beim Übergang ergebenden Gewinns zusammen. Dieser Komplex steht im Mittelpunkt der körperschaftsteuerlichen Untersuchungen des ersten Teils der vorliegenden Arbeit.⁴⁾

2. Die Konzeption des Umwandlungs-Steuergesetzes

An die Stelle der körperschaftsteuerlichen Grundsätze können unter bestimmten Voraussetzungen die Spezialvorschriften

-
- 1) Vgl. § 1 Abs.1 Satz 1 KStG und Blümich-Klein-Steinbring, "Körperschaftsteuergesetz", 3.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1956, S.966.
 - 2) Vgl. Kennerknecht-Bülow, "Körperschaftsteuergesetz", Köln 1941, S.546 a.
 - 3) Dies ist auch dann der Fall, wenn einzelne Gegenstände von wirtschaftlich unbedeutendem Wert zurückbehalten werden. Vgl. RFH v.13.3.1934, I A 42/32, RStBl 1934, S.651 f (S.652).
 - 4) Vgl. unten S.23 ff.

des Umwandlungs-Steuergesetzes vom 11.10.1957 treten.¹⁾ Darin werden im Gegensatz zur allgemeinen Regelung die Bilanzierungsmöglichkeiten für die übertragende und die aufnehmende Gesellschaft positiv festgelegt. Neben Bewertungswahlrechten, durch die sich eine Gewinnverwirklichung anlässlich der Verschmelzung überhaupt vermeiden lässt, sind dennoch ausgewiesene Gewinne durch einen ermässigten Steuersatz oder durch die Bildung einer den steuerlichen Gewinn mindernden Rücklage begünstigt.²⁾

Die durch das Umwandlungs-Steuergesetz gebotenen Erleichterungen werden indes nur gewährt, wenn die Verschmelzung nach den Vorschriften des ersten Abschnitts des Umwandlungsgesetzes vorgenommen wird.³⁾ Durch diese Verknüpfung entscheidet, falls die aufnehmende Gesellschaft zu mehr als 75% an der Übertragerein beteiligt ist, bereits die handelsrechtliche Durchführung der Fusion über die steuerliche Behandlung dieses Vorgangs. Der Steuerpflichtige wird regelmässig ein Interesse daran haben, die Erleichterungen des Umwandlungs-Steuergesetzes in Anspruch nehmen zu können.

-
- 1) Auf die Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes vom 5.7.1934 (RGBl I, S.572) mit seinen fünf Durchführungsverordnungen wird hier nicht näher eingegangen, nachdem sie lediglich für die vor dem 1.1.1938 beschlossenen Verschmelzungen Gültigkeit besaßen.
 - 2) Vgl. §§ 3 bis 5 UmwStG.
 - 3) Vgl. § 1 UmwStG. Im zweiten Abschnitt des Umwandlungsgesetzes ist lediglich die formwechselnde Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelt (§§ 40 ff. UmwG). Hierdurch wurde die nach den aktienrechtlichen Umwandlungsvorschriften bestehende Lücke geschlossen. Der dritte und vierte Abschnitt des Umwandlungsgesetzes enthält die Änderung aktienrechtlicher Vorschriften sowie Straf-, Übergangs- und Schlussbestimmungen.

E r s t e r T e i l

Grundsätzliche Probleme der Bilanzierung

A. Die gesellschaftsrechtlichen Bilanzierungs- vorschriften

Die anlässlich der Verschmelzung zu beachtenden gesellschaftsrechtlichen Bilanzierungsbestimmungen sind insbesondere im Hinblick auf die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz bedeutsam. Inwieweit dieser Grundsatz jedoch hier wirksam ist, kann erst nach der Auseinandersetzung mit den steuerlichen Bewertungsprinzipien entschieden werden.

I. Die Verschmelzung nach den Bestimmungen des Aktienrechts

1. Die "Schlussbilanz" der übertragenden Gesellschaft

Für die der Anmeldung zum Handelsregister beizufügende "Schlussbilanz" gelten die Vorschriften über die Jahresbilanz sinngemäss.¹⁾ Nach herrschender juristischer Ansicht stellt sie deshalb eine Ertragsbilanz²⁾ dar. Wird jedoch im Rahmen der aktienrechtlichen Bewertungsmöglichkeiten eine Aufstockung der Buchwerte vorgenommen, so ist der Zweck der "Schlussbilanz" insoweit nicht auf die Ermittlung des Ertrags, sondern des Ver-

1) Vgl. § 239 Abs.3 AktG.

2) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., § 239 Anm.1
(S.1014). - Baumbach-Hueck, a.a.O., § 239 Anm.2.

mögens gerichtet. Allerdings bilden dabei die Anschaffungs- oder Herstellungskosten die Höchstwerte.

Im Gegensatz hierzu nimmt Trumpler an, der Gesetzgeber habe unter der "Schlussbilanz" keine Gewinnermittlungsbilanz, "sondern vom Standpunkt der übertragenden Gesellschaft eine Veräusserungsbilanz, von dem Standpunkt der übernehmenden Gesellschaft eine Anschaffungsbilanz" verstanden.¹⁾ Die "Schlussbilanz" beruhe auf freier Vereinbarung der Parteien. Daraus ergebe sich entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, dass die Bewertungsbestimmungen der Jahresbilanz auf diese Bilanz keine Anwendung finden können. Dies schliesse nicht aus, dass einzelne Bestimmungen über die Jahresbilanz "sinngemäss" anzuwenden seien.²⁾

Gegen diese auf betriebswirtschaftlichen Überlegungen basierende Auffassung spricht jedoch die positive gesetzliche Regelung. Dass die allgemeinen Bewertungsvorschriften auch für die "Schlussbilanz" gelten, ist danach nicht zu bezweifeln. Sie wird durch diese Bindung oft nur einen Anhaltspunkt über die wirkliche Höhe des einzuschmelzenden Vermögens bieten und kann daher nicht als Vermögensbilanz angesprochen werden.³⁾ Um jedoch eine angemessene Gegenleistung der empfangenden Gesellschaft festlegen zu können und somit zu einem gerechten Umtauschverhältnis zu kommen, wird "eine ausserbilanzmässige Bewertung der beteiligten Unternehmungen im ganzen durchgeführt, oder es werden besondere Verschmelzungsbilanzen erstellt."⁴⁾ Der ausserhalb des betrieblichen Rechnungswesens stehende Verschmelzungsstatus⁵⁾ besitzt keine buchhalterischen bzw. bilanziellen Weiterwirkungen; er ist von der Sonderbilanz als der Grundlage für eine beginnende Geschäftsperiode sowie von der Jahresbilanz zu unterscheiden,

1) Vgl. Trumpler, H., "Die Bilanz der Aktiengesellschaft", 2.Aufl., Basel 1950, S.433 und 434.

2) Vgl. Trumpler, H., "Die Bilanz der Aktiengesellschaft", 1.Aufl., Berlin und Leipzig 1937, S.357. An seiner hier vertretenen Ansicht hält Trumpler in der Neuauflage seines Werkes (vgl. Anm.1, S.435) ausdrücklich fest.

3) Anderer Meinung Böttcher-Meilicke, 5.Aufl., 1958, S.285. Sie weisen jedoch gleichzeitig darauf hin, dass infolge der Bindung an die Bewertungsvorschriften für Ertragsbilanzen meist eine Jahresschlussbilanz verwendet wird.

4) Heinen, E., "Handelsbilanzen", Wiesbaden 1958, S.254.

5) Trumpler setzt die "Schlussbilanz" diesem Verschmelzungsstatus gleich.

die hauptsächlich den Erfolg einer Periode herausstellen soll.¹⁾ Unter diesem Blickwinkel betrachtet, weist die "Schlussbilanz" eine Zwitterstellung auf. Während sie bei der Übertragerin vorwiegend als Ertragsbilanz anzusehen ist, auch wenn innerhalb der aktienrechtlichen Bilanzierungsmöglichkeiten die tatsächlichen Vermögenswerte berücksichtigt werden können, bildet sie bei der aufnehmenden Gesellschaft als Sonderbilanz die Basis für die kommende Erfolgsermittlung.

2. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft

Die Bilanzverknüpfung bei der Hingabe junger Aktien

Die Werte der "Schlussbilanz" gelten für die Jahresbilanzen der übernehmenden Gesellschaft als Anschaffungskosten im Sinne des § 133 Nr.1 bis 3 AktG.²⁾ Dieser Bindung liegt der Gedanke zugrunde, dass die erlöschende Gesellschaft in der Gesamtunternehmung weiterbesteht. Dem Grundsatz des Gläubigerschutzes entsprechend, soll damit Bilanzfrisuren entgegengetreten werden, "zu denen gelegentlich innerhalb von Konzernen die Verschmelzung benutzt wurde, indem niedrig zu Buch stehende Werte auf eine andere Gesellschaft übertragen und dann mit höheren Werten angesetzt wurden".³⁾ Die Koppelung gilt auch, wenn die Buchwerte der Übertragerin stille Reserven enthalten, die bei ihr nicht aufgelöst wurden, bzw. infolge der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften nicht aufgelöst werden konnten. Die Buchwerte des übergehenden Vermögens stellen jedoch als fiktive Anschaffungskosten für die aufnehmende Gesellschaft lediglich Höchstwerte dar, so dass eine Unterschreitung möglich ist.

Falls der Gesamtnennbetrag oder der höhere Gesamtausgabebetrag der gewährten Aktien die in der "Schlussbilanz" angesetzten Werte der einzelnen Vermögensgegenstände übersteigt, darf der

1) Vgl. Gebele, H., "Bilanz-Sonderbilanz-Status", Diss. München 1958, S.3.

2) Vgl. § 242 Abs.1 AktG.

3) Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.304.

Unterschied gesondert als Mehrwert in das Anlagevermögen eingestellt werden.¹⁾

Das von der empfangenden Gesellschaft in Form von jungen Aktien gewährte Entgelt für das übergehende Vermögen ist an dessen derzeitigem Wert ausgerichtet, der regelmässig den Buchwert übersteigen wird. Die Aktivierung eines Mehrwertes erfolgt insofern zu Recht. Dessenungeachtet schreibt das Aktiengesetz seine Tilgung durch angemessene jährliche Abschreibungen vor.¹⁾

Die Differenz zwischen dem Gesamtausgabe- und dem Gesamtnennbetrag der jungen Aktien ist als Agio der gesetzlichen Rücklage zuzuweisen.²⁾ Insoweit als sich lediglich ein Agio ergibt, braucht jedoch ein Mehrwert nicht aktiviert zu werden, da "keine echte Überpariemiission"³⁾ vorliegt, wenn die tatsächlich wertvollere Sacheinlage unterbewertet und dem Nennwert der jungen Aktien angepasst ist. Die aufnehmende Gesellschaft hat es damit in der Hand, durch die Festsetzung des Ausgabekurses bzw. Nennwertes den Ausweis eines Mehrwertes ganz oder teilweise zu vermeiden. Nur wenn der Buchwert des zu übernehmenden Vermögens den Nennbetrag der jungen Aktien unterschreitet, muss ein Mehrwert eingesetzt werden, da Aktien nicht unter Pari ausgegeben werden dürfen.⁴⁾ In diesem Fall ist die Unterbewertung des übergehenden Vermögens grösser als der Spielraum zwischen Ausgabekurs und Nennbetrag der jungen Aktien.

Der Mehrwert stellt, vom Prinzip der Einzelbewertung gesehen, ein bedenkliches Konglomerat von stillen Reserven des zu übernehmenden Vermögens dar. Darüber hinaus wird er meistens auch Elemente eines Geschäftswertes enthalten. Zu einer betriebswirtschaftlich wünschenswerten Klarheit der Rechnungslegung trägt er daher nicht bei. Durch die Passivierung des Nennbetrages der jungen Aktien bzw. eines Agios entsteht er im Zeitpunkt der Verschmelzung erfolgsneutral. Bleibt seine gesetzlich geforderte Abschrei-

1) Vgl. § 242 Abs.2 AktG.

2) Gemäss § 130 Abs.2 Ziff.2 AktG. Diese gesetzliche Rücklage darf nur zum Ausgleich von Wertminderungen und zur Deckung von sonstigen Verlusten verwendet werden. Vgl. § 130 Abs.3 AktG.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, a.a.O., § 9 Anm.3.

4) Vgl. § 9 Abs.1 AktG.

bung hinter den beim Verkauf von Vermögensgegenständen aufgelösten stillen Reserven zurück, so führt dies durch ihren doppelten Ausweis im Mehrwert und im erzielten Verkaufserlös zu einer Gewinnerhöhung, die im Falle der Ausschüttung das Unternehmen in seiner Substanz angreift. Die Angemessenheit der Abschreibungen vom Mehrwert ist deshalb hier auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen

Die Frage der Bilanzverknüpfung beim Untergang von Anteilsrechten oder der Gewährung eigener Aktien.

Die Geltung der Bilanzverknüpfung bei der Aufgabe von Anteilsrechten an der Übertragerin oder der Gewährung eigener Aktien ist umstritten. Eine Bindung an die in § 242 AktG festgesetzten Bewertungsgrenzen wurde abgelehnt, da bei diesen Arten der Gegenleistung kein Ausgabebetrag existiert und die fiktiven Anschaffungswerte der "Schlussbilanz" dann nicht fortzuführen und etwaige Differenzen zu den tatsächlichen Anschaffungskosten als Mehrwert auszuweisen sind, wenn echte Anschaffungskosten bereits vorliegen.¹⁾ Der letztere Einwand zielt auf den unterschiedlichen Inhalt der einzelnen Gegenleistungen ab und ist, wirtschaftlich gesehen, begründet. Das Aktienrecht stellt jedoch die Aufgabe einer Beteiligung an der Übertragerin und die Gewährung von eigenen Aktien ausdrücklich der Hingabe von jungen Aktien gleich. Deshalb dürften auch die Bilanzierungsvorschriften entsprechend anzuwenden sein. Dies um so mehr, als in § 242 Abs.2 AktG neben dem Gesamtausgabebetrag der Gesamtnennbetrag genannt wird.²⁾

II. Die Verschmelzung nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes

1. Die Endbilanz der übertragenden Gesellschaft

Das Umwandlungsgesetz schreibt zwar vor, dass der Anmeldung zum Handelsregister eine Endbilanz beizufügen ist,³⁾ erläutert

1) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.307.

2) Vgl. Gadow-Heinichen, a.a.O., § 242 Anm.10. - Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., § 242 Anm.4.

3) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 2 UmwG.

jedoch ihre "Aufmachung" nicht näher. Es ist daher zu prüfen, ob neben den allgemeinen handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundsätzen¹⁾ auch die für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften zum Zuge kommen.²⁾ Brönner verneint diese Frage, "weil die Umwandlungsbilanz keine Jahresbilanz im Sinne dieser Bestimmung ist". Da nach seiner Auffassung andererseits der Umwandlungsbilanz der Charakter einer Erfolgsbilanz nicht abgesprochen werden kann,³⁾ wäre indes eher an eine analoge Anwendung der besonderen Bilanzierungsbestimmungen zu denken, da die Jahresbilanz vor allem der Erfolgsermittlung dient.

Obwohl das Umwandlungsgesetz keine eigenen Bilanzierungsvorschriften enthält, weist eine Reihe von Einzelnormen darauf hin, dass die Zwecksetzung der Endbilanz vornehmlich an der Feststellung des Vermögens liegt. So wird regelmässig das in der Umwandlungsbilanz ausgewiesene Reinvermögen die "Minimum-Grundlage" für den Anspruch der Minderheitsgesellschafter auf angemessene Abfindung darstellen.⁴⁾ Die Endbilanz ist ferner die Unterlage für die Entscheidung der Gläubiger, ob sie Sicherheit verlangen sollen,⁵⁾ und ermöglicht die Nachprüfung der getrennten Verwaltung des bisherigen Vermögens der übertragenden durch die aufnehmende Gesellschaft.⁶⁾ Die Umwandlungsbilanz ist daher überwiegend als Vermögensbilanz anzusehen.⁷⁾ Aus diesem Grunde besitzen die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften für die Umwandlungsbilanz keine Gültigkeit, so dass das Vermögen auch über den Anschaffungs- oder Herstellungskosten ausgewiesen werden kann. Herbig setzt der Höherbewertung eine Grenze im "tatsächlichen Wert" als dem Wert, "den die Gegenstände für das arbeitende und fortarbeitende Unternehmen haben", im Gegensatz zum

1) Gemäss §§ 38 bis 41 HGB.

2) Gemäss §§ 131 bis 133 AktG und § 42 GmbHG.

3) Brönner, H., "Umwandlungs-Steuer-gesetz", Stuttgart 1957, Anm.94.

4) Veith-Börnstein, "Umwandlungsgesetz und Umwandlungs-Steuer-gesetz", München und Berlin 1958, S.65.

5) Vgl. § 7 UmwG.

6) Vgl. § 8 UmwG.

7) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel, "Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften", 2.Aufl., Leipzig 1935, S.66. - Veith-Börnstein, a.a.O., S.67. - Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.79. - Anderer Meinung Bergmann, H., "Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften", Berlin 1935, S.61. - Brönner, H., "Umwandlungs-Steuer-gesetz", a.a.O., Anm.94.

Schmelzwert, der in einer Liquidationsbilanz zugrunde zu legen wäre.¹⁾ Da den Grundsätzen ordnungsmässiger Buchführung und der allgemeinen kaufmännischen Übung entsprechend stille Reserven gebildet werden können, brauchen diese jedoch umgekehrt in der Endbilanz nicht aufgedeckt zu werden.²⁾ Die grosse praktische Bedeutung der Bewertungsfreiheit nach unten dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass steuerlich eine Bewertung unter den Zeitwerten zugelassen war und diese niedrigeren Werte durch den von der Finanzverwaltung vertretenen Massgeblichkeitsgrundsatz die Bewertung der handelsrechtlichen Endbilanz bestimmten.³⁾

2. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft

Das Umwandlungsgesetz hat auch die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft nicht positiv geregelt. Daher besteht - im Gegensatz zu der Verschmelzung nach den Vorschriften des Aktienrechts - keine Koppelung zwischen den Wertansätzen der aufnehmenden an die der übertragenden Gesellschaft. Als Höchstgrenze für die Bewertung ist somit der Zeitwert der untergehenden Beteiligung - gegebenenfalls zuzüglich einer an Minderheitsgesellschafter zu entrichtenden Abfindung - anzusehen. Dieser Gesamtanschaffungspreis ist auf die einzelnen übernommenen Vermögensgegenstände zu verteilen.

Durch das Umwandlungs-Steuergesetz wurden jedoch Bewertungs-wahlrechte geschaffen. Infolgedessen ist hier die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz und die damit verbundene Rückwirkung der steuerlichen Bewertung auf diejenige nach handelsrechtlichen Grundsätzen von besonderem Gewicht.

1) Vgl. Herbig-Kaemmel, "Das Recht der Umwandlung von Kapitalgesellschaften", Berlin 1937, S.23.
2) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.68.
3) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.81.

B. Die körperschaftsteuerlichen Bilanzierungsgrundsätze

I. Die anlässlich der Verschmelzung entstehenden Erfolge und ihre Besteuerung

Die Verschmelzung ist vom Standpunkt der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft zu betrachten. Von einem Verschmelzungserfolg schlechthin kann somit nicht gesprochen werden. Die entstehenden Erfolge sind vielmehr als Übertragungs- bzw. Übernahmeerfolg zu bezeichnen.¹⁾ Ihr Wesen wird im folgenden näher zu untersuchen sein. Falls junge oder eigene Aktien als Entgelt gewährt werden, ergeben sich zudem Fragen der Gewinnverwirklichung bei den Anteilseignern des erlöschenden Unternehmens.

1. Der Übertragungserfolg

Allgemeine Grundlagen

Der insgesamt erzielte Erfolg eines Unternehmens lässt sich erst mit dessen Beendigung durch den Vergleich sämtlicher Einnahmen und Ausgaben ermitteln. Da die übertragende Gesellschaft mit der Fusion untergeht, kann ihre Rechnungslegung abgeschlossen und rückschauend der erzielte Totalerfolg festgestellt werden.

Um die einzelnen Periodenerfolge zu bestimmen, sind die Einnahmen und Ausgaben als Erträge und Aufwendungen jeweils dem Zeitabschnitt zuzurechnen, dem sie ihrer wirtschaftlichen Verursachung nach zugehören. Diese auf der Basis von Vergangenheits- und Zukunftswerten nur annähernd auf Grund von Schätzungen zu lösende Aufgabe der periodengerechten Aufwands- und Ertragsver-

1) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.529/530.

teilung kennzeichnet das Bewertungsproblem in der Bilanz. Der Totalerfolg als Unterschied zwischen den gesamten Einnahmen und Ausgaben ist, da die Periodenerfolge die Differenz zwischen anteiligen Einnahmen- und Ausgabenverrechnungen darstellen, gleich der Summe der einzelnen Periodenergebnisse zuzüglich des beim Erlöschen der Unternehmung erzielten Erfolgs. Nach diesem Grundsatz der Kongruenz ergibt sich der Übertragungserfolg aus dem Vergleich des Vermögens der Endbilanz mit dem der letzten Periodenbilanz. Er beinhaltet somit eine Auflösung stiller Reserven bzw. im Falle von Überbewertungen eine Realisierung stiller Verluste, die sich jeweils infolge einer ungenauen Aufwands- und Ertragszurechnung und vor allem durch Wertänderungen gebildet haben. Stille Reserven sind daher ihrem Wesen nach Bewertungsreserven.¹⁾

Auf diesen betriebswirtschaftlichen Erwägungen beruhen neben den grundlegenden einkommensteuerlichen Vorschriften über die Veräußerung gewerblicher Betriebe (§ 16 EStG) auch die Bestimmungen des Körperschaftsteuerrechts über die Auflösung sowie die Verschmelzung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften (§§ 14 und 15 KStG). Zur Ermittlung des Übertragungsgewinns ist danach das Endvermögen als "Wert der für die Übertragung des Vermögens gewährten Gegenleistung" dem Anfangsvermögen, "das am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres der Veranlagung zur Körperschaftsteuer zugrunde lag",²⁾ gegenüberzustellen.

Das nach den allgemeinen steuerlichen Maßstäben bewertete Anfangsvermögen enthält stille Reserven insbesondere durch die Geltung des Imparitätsprinzips, die Inanspruchnahme von Bewertungswahlrechten, die unvollständige Aktivierung von Anschaffungs- und Herstellungskosten, die Vornahme von über den Werteverzehr hinausgehenden Abschreibungen und die Überbewertung von Verbindlichkeiten und Rückstellungen.³⁾ Die gewinnerhöhende Auf-

1) Vgl. Kosiol, E., "Bilanzreform und Einheitsbilanz", 2.Aufl., Berlin-Stuttgart 1949, S.125.

2) Vgl. § 15 Abs.1 in Verbindung mit § 14 Abs.4 Satz 1 KStG.

3) Den durch gesetzliche Bewertungsvorschriften (z.B. Imparitätsprinzip) erzwungenen stillen Reserven stehen damit die durch freiwillige Bindung entstandenen stillen Reserven gegenüber, die sich als "stille Ermessensreserven" oder auch als "stille Willkürreserven" darstellen können. Vgl. Kosiol, E., a.a.O., S.138.

deckung der hierdurch entstandenen stillen Reserven anlässlich des Untergangs der Übertragerin bedeutet somit letztlich, dass eingetretene Werterhöhungen steuerlich erfasst werden oder die Besteuerung von Gewinnen nachgeholt wird, die in früheren Jahren nicht ausgewiesen zu werden brauchten, bzw. nicht ausgewiesen wurden. Bei der Fusion von Kapitalgesellschaften kann jedoch die Verwirklichung eines Gewinns bei der schwindenden Gesellschaft unter bestimmten Bedingungen entfallen. Die Untersuchung der hierfür entscheidenden Voraussetzungen bildet das Kernproblem dieses Abschnitts über die körperschaftsteuerlichen Bilanzierungsgrundsätze.

Bewertungsprobleme bei der übertragenden Gesellschaft

Für die Bewertung ist die Erkenntnis bedeutsam, dass "Rechnungszwecke und Bewertungsziele zu verschiedenen Wertkategorien führen, die alle ihre spezifische Note besitzen".¹⁾ Das Problem der Bewertung ist daher vom Zweck der Bilanz bestimmt. Dieser liegt bei der steuerlichen Jahresbilanz - von wirtschafts- und finanzpolitischen Sonderbestimmungen abgesehen - vornehmlich in der Ermittlung des Periodenerfolgs. Bei einer Änderung der Zwecksetzung können jedoch andere Wertkategorien massgebend werden. So unterscheidet sich der Wert von Wirtschaftsgütern, die in einem Betrieb eingegliedert sind, von dem Wert gleicher Vermögensteile, die keinem bestimmten Güterverband angehören. Dieser Gedanke, die betriebliche Verbundenheit der Wirtschaftsgüter bei der Bewertung zu berücksichtigen, ist im Falle der Verschmelzung ausserordentlich wichtig. Er kommt steuerlich durch den Ansatz des Teilwerts zur Geltung als dem "Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt".²⁾

Ein Betrieb umfasst indes nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Wirtschaftsgüter. Die letzteren können nur zum Teil, wie z.B. Konzessionen, Patente, Lizenzen usw., selbständig er-

1) Vgl. Kosiol, E., a.a.O., S.17.

2) Vgl. § 6 Abs.1 Ziff.1 Satz 3 EStG.

fasst und bewertet werden. Für die restlichen immateriellen Wirtschaftsgüter lässt sich ein Wert nur über die Gesamtbewertung des Unternehmens ermitteln. Es entsteht somit ein sogenannter "Geschäftswert" als Unterschied zwischen dem Gesamtwert und der Summe der Einzelwerte. Dieser Geschäftswert ist insbesondere im Ruf, in der Organisation, der Marktstellung sowie in den überragenden Fähigkeiten der Unternehmungsleitung begründet.

Der im Zuge einer Verschmelzung stattfindende Leistungsaustausch wird grundsätzlich am Gesamtwert der Unternehmen auszurichten sein, da das Vermögen der schwindenden Gesellschaft als Ganzes übergeht. Es fragt sich daher, ob bei der Übertragerin ein eventuell vorhandener Geschäftswert zu aktivieren ist.

Zur Ermittlung des Übertragungsgewinns ist dem Anfangsvermögen der Wert der für die Übertragung des Vermögens gewährten Gegenleistung¹⁾ gegenüberzustellen. Diese kann in jungen oder eigenen Aktien sowie in bei der Übernehmerin liegenden Beteiligungsrechten an der untergehenden Gesellschaft bestehen. Dem Grundsatz entsprechend, dass sich Leistung und Gegenleistung in der Regel decken, hatte der Reichsfinanzhof ursprünglich als Wert der Gegenleistung die Summe der Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter angenommen.²⁾ In einem späteren Urteil wurde bei einer Verschmelzung unter Vernichtung von Anteilsrechten die Ansicht vertreten, hierbei sei auch ein selbstgeschaffener, nicht gesondert aktivierter Firmenwert zu berücksichtigen.³⁾ Allerdings waren in diesem Falle kurz vorher Beteiligungsrechte veräußert worden, wodurch nach Ansicht von Gebhardt "ein zwingender Massstab für die Bewertung der untergehenden Anteile" gegeben war.⁴⁾

Gemäss § 15 Abs.1 KStG gilt als Wertansatz der Teilwert der Gegenleistung. Danach wäre, unabhängig von einer vorherigen Anteilsveräußerung, ein Firmenwert in der Endbilanz der übertragenden Gesellschaft anzusetzen, da er beim Erwerb von Anteils-

1) Vgl. § 15 Abs.1 Satz 2 KStG.

2) Vgl. RFH v.22.11.1938, I 364/38, RStBl 1939, S.356. - RFH v.27.2.1940, I 25/40, RStBl 1940, S.527.

3) Vgl. RFH v.28.7.1942, I 49/42, RStBl 1942, S.911 f. (S.911).

4) Vgl. Gebhardt, J., "Noch einmal Umwandlung und Gewinnverwirklichung" in: "Deutsche Steuer-Zeitung" 1944, S.249 ff. (S.249).

rechten in der Regel zu vergüten ist. Trotzdem braucht nach der neuesten Rechtsprechung ein selbstgeschaffener Geschäftswert bei der Übertragerin nicht aktiviert zu werden. Zur Begründung weist der Bundesfinanzhof darauf hin, ein Verzicht auf die Doppelbesteuerung sei nur dann nicht gerechtfertigt, wenn die Bildung von stillen Reserven in den vergangenen Jahren den steuerpflichtigen Gewinn geschmälert habe. Dies treffe für den Geschäftswert in vielen Fällen nicht zu, nachdem er auch ohne Aufwendungen geschaffen werden könne. Ferner dürfe der Geschäftswert in der Regel nicht abgeschrieben werden, und anstatt einer aus der Vereinbarung der Parteien bestimmbaren Gegenleistung würde diese lediglich für steuerliche Zwecke unterstellt. Auch im Interesse der leichten Durchführbarkeit und Gleichmässigkeit der Besteuerung seien die Wirtschaftsgüter in der Endbilanz der Übertragerin mit ihren Teilwerten anzusetzen.¹⁾

Dass sich der Firmenwert zumindest teilweise unabhängig von Aufwendungen bildet, ist kein zwingender Grund, eine eingetretene Wertsteigerung steuerlich nicht zu erfassen. Wird doch auch bei der Veräusserung eines gewerblichen Betriebs diesem Umstand keine Bedeutung zugemessen. Ein Firmenwert ist deshalb grundsätzlich unabhängig davon, ob er durch Ausgaben entstanden ist oder nicht, zu aktivieren.

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt indes dem umgekehrten Vorgang, nämlich dem Schwinden des Geschäftswerts, entscheidendes Gewicht zu. Denn mit der Verschmelzung gehen die nicht übertragbaren Bestandteile des Firmenwertes der erlöschenden Gesellschaft unter. Hierzu werden insbesondere die durch ihren Namen und Ruf sowie bei notwendig werdenden Organisationsumstellungen auch die dadurch bestimmten Faktoren zu rechnen sein. Dies sind zwar keineswegs alle den Geschäftswert ausmachenden Elemente. So wird z.B. der Facharbeiterstamm eines Unternehmens durch eine Verschmelzung wohl kaum beeinflusst werden. Eine Trennung der Komponenten des Firmenwerts nach ihrer Übertragbarkeit auf

1) Vgl. BFH v.29.5.1956, I 39/56 S, BStBl 1956 III, S.226 ff. (S.227 und 228). Dabei handelt es sich um die Vereinigung einer Kapitalgesellschaft mit einer aus ihren Gesellschaftern bestehenden Personengesellschaft. Die hier zu entscheidende Frage ist indes grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Unternehmen.

die übernehmende Gesellschaft ist aber ebensowenig möglich wie der Nachweis oder die Überwachung ihres Entstehens und Vergehens. Infolge von Feststellungsschwierigkeiten in der Praxis wird man daher zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung der Auffassung des Bundesfinanzhofs zustimmen müssen.

Die wesentlichen Voraussetzungen für eine Steuerverlagerung gemäss § 15 Abs.2 KStG

Nach der für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften geltenden Vergünstigung des § 15 Abs.2 KStG lässt sich die Gewinnverwirklichung bei der Übertragerin - von untergeordneten Vorbehalten abgesehen - nur vermeiden, wenn Gesellschaftsrechte der Übernehmerin gewährt werden und sichergestellt ist, dass der an sich entstehende Übertragungsgewinn später der Körperschaftsteuer unterliegt.

Der Umfang des Begriffs der Gesellschaftsrechte der Übernehmerin ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Ursprünglich verstand man hierunter ausschliesslich junge, durch eine Kapitalerhöhung geschaffene Aktien.¹⁾ Nachdem jedoch das Aktiengesetz den Untergang von Beteiligungsrechten an der Übertragerin oder die Gewährung von eigenen Aktien der Hingabe von jungen Aktien gleichgestellt hat, wurden auch diese Gegenleistungen in den genannten Begriff einbezogen.²⁾ Wenn eine Verschmelzung aktienrechtlich, d.h. vom Registergericht durch Eintragung, anerkannt wird, ist nach dieser Auffassung auch "steuerrechtlich nicht mehr

1) Vgl. Gebhardt, J., "Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht" in: "Deutsche Steuer-Zeitung" 1936, S.1179 ff. (S.1187 oben). - Böttcher-Meilicke, "Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung", 4.Aufl., Berlin 1937, S.458.

2) Vgl. Gebhardt, J., "Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht" in: Reinhardt-Gebhardt, "Handbuch der steuerlichen Betriebsprüfung", Berlin 1937/1938 Bd.I, S.251 ff. (S.261). Nach Erlass des Aktiengesetzes hat damit Gebhardt seine frühere Ansicht aufgegeben (vgl. Anm.1). - Sonntag, "Die steuerliche Behandlung von Verschmelzungsgewinnen bei Gewerkschaften", in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.398 ff. (S.399). Hein, G., "Die Steuervergünstigung des § 15 Abs.2 KStG bei Verschmelzung (Fusion) zweier Kapitalgesellschaften", in: "Finanz-Rundschau" 1956, S.293 f. (S.294).

zu untersuchen, ob eine Gewährung von Gesellschaftsrechten gegeben ist".¹⁾

Diese Meinung steht jedoch mit der steuerlichen Forderung - zumindest dem Wortlaut nach - im Widerspruch. Als Gesellschaftsrechte der Unternehmerin können begrifflich nicht Beteiligungsrechte an dem schwindenden Unternehmen angesehen werden, die sich lediglich in ihrer Hand befinden. Der Reichsfinanzhof hat dies in einem Urteil aus dem Jahre 1943 implizite mit der Feststellung ausgedrückt, dass "auch auf steuerlichem Gebiet vom Erfordernis der Gewährung von Gesellschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft insoweit Abstand genommen" wird, als diese Anteilsrechte der Übertragerin besitzt.²⁾ Die Vergünstigung des § 15 Abs.2 KStG wurde somit für anwendbar erklärt, obwohl eine Voraussetzung hierfür nicht vorlag. Dass eine Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes notwendig war, "um ein Auseinandergehen von Handels- und Steuerrecht zu vermeiden",²⁾ klingt in Anbetracht der zahlreichen und praktisch wichtigen Vorbehalte, die dem Massgeblichkeitsgrundsatz gemacht werden,³⁾ nicht sehr überzeugend. Ob hier eine Auslegung contra legem als zulässig anerkannt werden muss, lässt sich nur aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung entscheiden. Dafür ist jedoch die umfassende Voraussetzung der Sicherstellung der späteren steuerlichen Erfassung des Übertragungsgewinns - die der Reichsfinanzhof in dem angezogenen Urteil nur nebenbei anführt - von ausschlaggebender Bedeutung. Auf diese Zweifelsfrage wird deshalb zurückzukommen sein.⁴⁾

Eigene Aktien können zwar begrifflich als Gesellschaftsrechte der Unternehmerin betrachtet werden. Sie stellen aber, ebenso wie Anteilsrechte an der Übertragerin, bei der aufnehmenden Gesellschaft bilanzierte Wirtschaftsgüter dar. Beim Ausscheiden von eigenen Aktien aus dem Betriebsvermögen dürften daher die allgemein geltenden Grundsätze der Gewinnverwirklichung an-

1) Eckstein, H., "Nochmal die Verschmelzung von Aktiengesellschaften", in: "Steuer und Wirtschaft" 1939, Teil I, Sp.1015 ff. (Sp.1027).

2) RFH v.6.7.1943, I 134/42, RStBl 1943, S.758 f. (S.759).

3) Vgl. Bühler-Scherpf, "Bilanz und Steuer", 6.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957, S.2.

4) Vgl. unten S.33.

zuwenden sein.

Eine übereinstimmende Auffassung zum Problem der Sicherstellung der steuerlichen Erfassung des Übertragungsgewinns¹⁾ besteht seit der Einführung dieser Bedingung durch das Körperschaftsteuergesetz 1934 nur bei der Verschmelzung unter Hingabe von jungen Aktien. In diesem Falle ist das Erfordernis der Sicherstellung der Besteuerung erfüllt, wenn die aufnehmende Gesellschaft die Buchwerte der Übertragerin weiterführt.²⁾ Hierdurch können, da die Ausgabe von jungen Aktien als gesellschaftsrechtlicher Vorgang erfolgsneutral zu behandeln ist, die stillen Reserven des übergehenden Betriebsvermögens auf die aufnehmende Gesellschaft übertragen und dort nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen besteuert werden.

Dagegen gehen bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Beteiligungsrechten oder unter Gewährung eigener Aktien die Ansichten über die Sicherstellung der Besteuerung auseinander. Nach der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs konnten die einzuschmelzenden Wirtschaftsgüter bei der Übernehmerin ursprünglich zu den bisherigen Buchwerten der schwindenden Beteiligung oder der eigenen Aktien angesetzt werden.³⁾ Noch unter der Herrschaft des Körperschaftsteuergesetzes 1925 trat indes eine Änderung ein. Die Übernahme des Betriebsvermögens wurde als Anschaffungsvorgang behandelt.⁴⁾ In analoger Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen wurde sodann die Fortführung der Buchwerte der Übertragerin bis in die jüngste Zeit hinein, unabhängig von der Art der Gegenleistung, als Garantie für eine spätere Besteuerung des Übertragungsgewinns angesehen.⁵⁾ Erst seit etwa 3 Jahren wird - ohne dass eine einschlägige Entscheidung des Bundesfinanzhofs vorliegt - im Schrifttum wieder die Frage erörtert, ob in diesem Fall eine Wertfortführung möglich ist.

-
- 1) Im folgenden kurz als "Sicherstellung der Besteuerung" bezeichnet.
 - 2) Vgl. Gebhardt, J., in Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.I, S.269. - Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.512.
 - 3) Vgl. RFH v.17.6.1931, VI A 151/30, in: "Steuer und Wirtschaft" 1931, Teil II, Nr.796, Sp.1352 ff. (Sp.1360).
 - 4) Vgl. RFH v.18.4.1934, I A 68/32, RStBl 1934, S.840 ff. (S.841).
 - 5) Vgl. RFH v.6.7.1943, I 134/42, RStBl 1943, S.758.

2. Der Übernahmeerfolg

Für die Entstehung eines Erfolgs bei der aufnehmenden Gesellschaft sind, da § 15 KStG ausschliesslich die Übertragerin betrifft, allgemeine steuerliche Grundsätze massgebend.

Werden für die übernommenen Wirtschaftsgüter junge Aktien hingegeben, so liegt eine Kapitalerhöhung unter Zuführung von Sacheinlagen vor. Dieser gesellschaftsrechtliche Vorgang beeinflusst den Erfolg der aufnehmenden Gesellschaft nicht.

Besteht zwischen den Verschmelzungspartnern ein Beteiligungsverhältnis, so geht das Vermögen insoweit unter Vernichtung der Anteilsrechte über. Diese stellen selbständig bewertbare Verfügungsrechte dar, die von den dahinterstehenden Vermögenswerten losgelöst sind. Bei der Übernehmerin findet eine Vermögensumschichtung statt, wobei an die Stelle der erlöschenden Beteiligung das übergehende Vermögen tritt. Wirtschaftlich betrachtet, liegt - ebenso wie bei der Gewährung von sonstigen Vermögenswerten - ein Tausch vor. Nach allgemeinen Prinzipien des Bilanzsteuerrechts sind hierbei die stillen Reserven, die in dem weggegebenen Wirtschaftsgut ruhen, gewinnerhöhend aufzulösen. Danach würde sich ein Übernahmeerfolg als Differenz zwischen dem Teilwert der schwindenden Anteilsrechte und ihrem Buchwert ergeben. Unter bestimmten, durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzungen kann indes bei Tauschgeschäften auf eine Realisierung verzichtet werden. Ob dies im Falle der Verschmelzung unter Aufgabe einer Beteiligung möglich ist, wird noch sorgfältig abzuwägen sein.

Da sich auch bei der Hingabe von eigenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft eine Vermögensumschichtung vollzieht, gelten hierfür die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

3. Die Gewinnverwirklichung bei den Anteilseignern der Übertragerin

Die Entstehung eines Erfolgs bei den Gesellschaftern des erlöschenden Unternehmens ist nur insoweit ein besonderes Pro-

blem, als sie für den Verlust ihrer seitherigen Beteiligungsrechte mit jungen oder eigenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft entschädigt werden.¹⁾ Dieser Vorgang ist steuerlich nach Tauschgrundsätzen zu beurteilen.

4. Zusammenfassende Charakterisierung der Problemstellung

Im Gegensatz zu der früheren Regelung geht das geltende Körperschaftsteuerrecht grundsätzlich davon aus, dass die Verschmelzung nicht durch Verzicht auf die Gewinnbesteuerung besonders gefördert werden soll.²⁾ Bei der übertragenden Gesellschaft ist daher eine Gewinnverwirklichung mit ihrem Untergang als selbständiges Rechtssubjekt anzunehmen, da in diesem Augenblick die letzte Möglichkeit zur steuerlichen Erfassung ihrer stillen Reserven besteht.

Durch die Sonderbestimmung des § 15 Abs.2 KStG wird die Besteuerung des Übertragungsgewinns im Prinzip nicht durchbrochen. Sie wird vielmehr nur insoweit im Verschmelzungszeitpunkt ausgesetzt, als sichergestellt ist, dass der Übertragungsgewinn später der Körperschaftsteuer unterliegt.³⁾ Es handelt sich somit hierbei " n i c h t um einen S t e u e r v e r z i c h t , sondern n u r um eine S t e u e r v e r l a g e r u n g auf eine spätere Zeit und von der einzuschmelzenden Gesellschaft auf die aufnehmende Gesellschaft".⁴⁾ Im Hinblick auf den ungewissen Zeitpunkt der endgültigen Erfassung des sich beim Übergang ergebenden Gewinns ist also eine Begünstigungs-, keine Befreiungsvorschrift gegeben.⁵⁾

-
- 1) Ist die Übernehmerin an der schwindenden Gesellschaft beteiligt, d.h. zugleich deren Anteilseigner, so greifen die vorstehend dargelegten Prinzipien ein.
 - 2) Vgl. Bodenstern, "Das neue Körperschaftsteuergesetz", in: "Steuer und Wirtschaft" 1934, Teil I, Sp.1481 ff. (Sp.1499).
 - 3) Von den untergeordneten Voraussetzungen sei hier abgesehen.
 - 4) Gebhardt, J., in Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.I, S.269. (Im Original gesperrt). - Vgl. auch Asseyer, "Zweifelsfragen zu den §§ 14 und 15 KStG", in: "Passauer Vorträge 1942", Bücherei des Steuerrechts Bd.50, Berlin Wien 1942, S.91 ff. (S.115).
 - 5) Vgl. RFH v.6.7.1943, I 134/42, RStBl 1943, S.758 f. (S.759).

Der Reichsfinanzhof hat in dem soeben zitierten Urteil eine Auslegung des § 15 Abs.2 KStG gegen den Wortlaut des Gesetzes vorgenommen.¹⁾ Diese Lösung ist zwar grundsätzlich anzuerkennen, wenn "das Ergebnis dem wirklichen Willen des Gesetzes oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift widerspricht, doch besteht eine Möglichkeit hierzu nicht, wenn der Wortlaut vom Gesetzgeber erweisbar auch so gewollt ist".²⁾ Der amtlichen Begründung entsprechend, soll durch § 15 KStG vermieden werden, "dass gelegentlich der Verschmelzung und Umwandlung Gewinne der Besteuerung entgehen".³⁾ Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich den Willen bekundet, dass keine Steuerbefreiung, sondern eine Steuerverlagerung beabsichtigt ist. Auf diese Erkenntnis, die somit auch durch den möglichen Einwand einer Auslegung des § 15 Abs.2 KStG contra legem nicht entkräftet werden kann, ist zurückzukommen, wenn die Kriterien für die Sicherstellung der späteren steuerlichen Erfassung des Übertragungsgewinns untersucht werden.

Aus dem Gedanken der Sicherstellung der Besteuerung ergibt sich die wichtige Konsequenz, dass die Frage der Gewinnverwirklichung bei der untergehenden Gesellschaft von der Bewertung bei der Übernehmerin abhängt. Nur vom Standpunkt der aufnehmenden Gesellschaft lässt sich feststellen, ob die spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns gewährleistet ist. Die Bewertungsprobleme bei der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft sind insofern untrennbar verbunden.

1) Vgl. oben S.29.

2) Vgl. Spitaler, A., "Die Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes im Steuerrecht", in: "Neue Betriebswirtschaft" 1954, S.7 f. (S.8).

3) Begründung zum Körperschaftsteuergesetz, RStBl 1935, S.81 ff. (S.85).

II. Die Sicherstellung der späteren Besteuerung des Übertragungsgewinns

1. Die Verschmelzung unter Hingabe von jungen Aktien

Die Auswirkungen, die von der Bewertung der übernommenen Wirtschaftsgüter auf die Sicherstellung der Besteuerung ausgehen, werden zunächst isoliert dargestellt. Im Anschluss daran ist die Bedeutung der Ausgleichsposten in der Übernahmebilanz für diese Frage zu behandeln.

a) Die Bewertung der übernommenen Wirtschaftsgüter

Die Hingabe von jungen Aktien stellt einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang dar, der nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen den Erfolg der aufnehmenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung nicht beeinflussen darf.¹⁾ Die Wertansätze, zu denen die übergehenden Vermögensteile in die Bilanz der Übernehmerin eingestellt werden, sind jedoch für deren zukünftige Ergebnisrechnung von grosser Wichtigkeit. Werden nach den allgemeinen Prinzipien der Gewinnermittlung die Teilwerte als steuerliche Höchstwerte angesetzt,²⁾ so führt dies über vermehrte Abschreibungsmöglichkeiten oder verminderte Veräusserungsgewinne bei nicht der Abnutzung unterliegenden Wirtschaftsgütern zu einer Gewinnverringerung³⁾ in den Folgejahren. Eine spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns bei der aufnehmenden Gesellschaft ist daher nicht möglich, so dass die Realisierung bei der Übertragerin nicht aufgeschoben werden kann.

1) Ob die jungen Aktien an die übertragende Gesellschaft oder direkt an deren Anteilseigner gewährt werden, ist ohne Bedeutung. Im letzteren Falle ist in der Hingabe zugleich die Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter zu sehen. Vgl. Blümich-Klein-Steinbring, a.a.O., S.965.

2) Vgl. § 6 Abs.1 Ziff.5 EStG.

3) Bzw. zu einer Verlusterhöhung, die über den Verlustabzug auch eine Gewinnminderung bewirken kann.

Werden dagegen die bisherigen Buchwerte weitergeführt, so ist die Besteuerung des Übertragungsgewinns bei der aufnehmenden Gesellschaft gewährleistet, da die in den übernommenen Vermögenswerten ruhenden stillen Reserven sich im Laufe der Zeit nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen gewinnerhöhend auflösen. Diese stillen Reserven sind "Bestandteil an sich steuerfreier Vermögensmehrungen, ihre Verrechnung mit steuerpflichtigen Gewinnen der übertragenden Gesellschaft zwecks Sicherstellung der Fusionsgewinnbesteuerung unter Fortführung der Buchwerte ist hier durchaus denkbar".¹⁾ Die geringeren Abschreibungsmöglichkeiten oder höheren Veräußerungsgewinne wirken sich in der Ergebnisrechnung der kommenden Perioden gewinnerhöhend aus, wodurch die steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns nachgeholt wird. In diesem Falle ist somit die Sicherstellung der Besteuerung als entscheidende Voraussetzung der Vergünstigungsvorschrift des § 15 Abs.2 KStG erfüllt.

Bilanziert die aufnehmende Gesellschaft die übernommenen Wirtschaftsgüter insgesamt unter ihrem seitherigen Buchwert, so bedeutet dies - von dem Fall überhöhter Werte abgesehen - einen Verzicht auf die mögliche Verminderung von Gewinnen nachfolgender Jahre. Unabhängig hiervon werden aber die in dem übergehenden Betriebsvermögen steckenden stillen Reserven aufgedeckt. Deshalb ist auch in diesem Falle die Sicherstellung der Besteuerung als gegeben anzunehmen.

Die Inanspruchnahme der Vergünstigung des § 15 Abs.2 KStG ist für den Steuerpflichtigen nicht immer vorteilhaft. Eine Auskehrung von stillen Reserven bei der schwindenden Gesellschaft empfiehlt sich insoweit, als ein Verlust kompensiert werden kann, da eine Möglichkeit hierzu bei der Übernehmerin nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht besteht.²⁾ Ferner wird es mitunter auf die jeweilige Liquiditätslage der Verschmelzungspartner ankommen, ob ein Übertragungsgewinn sofort bei der Erlöschenden oder hernach bei der übernehmenden Gesellschaft versteuert werden soll. Dies gilt insbesondere, wenn die stillen Reserven

1) Fasold, R.W., "Zur steuerlichen Gewinnverwirklichung bei Fusionen", in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.747 ff. (S.749).

2) Vgl. im einzelnen unten S.115 ff.

im Umlaufvermögen liegen und somit bei einer Übertragung auf die Übernehmerin ohnehin kurzfristig realisiert werden.

Die Sicherstellung der Besteuerung ist indes nicht absolut zu verstehen. Erweist sich die Verschmelzung als Fehlmassnahme, so lassen sich u.U. die im Zeitpunkt der Fusion in dem übergehenden Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven trotz einer Wertfortführung nicht steuerlich erfassen, da sie mit späteren Verlusten ausgeglichen werden. Hier kommt die flüchtige Natur der stillen Reserven zum Vorschein, die in starkem Masse von Erwartungen abhängen und letztlich nur rückschauend in ihrer wahren Höhe zu bestimmen sind. Dieser Gedanke hat wohl auch bei der Schaffung der nach § 15 Abs.2 KStG möglichen Verschiebung der Gewinnverwirklichung auf die übernehmende Gesellschaft eine Rolle gespielt.

b) Die Bedeutung der Ausgleichsposten in der Übernahmebilanz

In der Regel weicht die Summe der Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter von dem Gesamtnenn- oder einem höheren Gesamtausgabebetrag der jungen Aktien ab. Die Bilanz der aufzunehmenden Gesellschaft ist daher gesellschaftsrechtlich durch die Einstellung eines Agios bzw. eines Mehrwerts auszugleichen.

Handelsrechtlich entspricht der Mehrwert dem Geschäfts- oder Firmenwert gemäss § 133 Nr.5 AktG.¹⁾ Er ist durch angemessene jährliche Abschreibungen zu tilgen.²⁾ Die Möglichkeit einer Abschreibung besteht jedoch im Steuerrecht in der Regel nicht, nachdem hier eine dauernde Wertminderung ausserordentlich schwer nachzuweisen ist. Der steuerliche Ausgleichsposten kann indes neben dem Geschäftswert auch stille Reserven von Einzelwirtschaftsgütern enthalten.³⁾ Dies ist hauptsächlich der Fall, wenn die Buchwerte der Übertragerin im Interesse der Sicherstellung der Besteuerung weitergeführt werden. Nach Velder wird man daher "eine

1) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, a.a.O., § 242 Anm.5.

2) Gemäss § 242 Abs.2 AktG letzter Halbsatz.

3) Vgl. Schellenberg, F., "Die Verschmelzungs-Schlussbilanz und die Verschmelzungs-Übernahmebilanz bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften", in: "Der Wirtschaftstreuhänder" 1940, S.223 ff. (S.231).

steuerliche Abschreibung insoweit anerkennen müssen, als sich der Mehrwertposten auf den Mehrwert einzelner, auch sonst steuerlich abschreibungsfähiger Posten des Anlage- und Umlaufvermögens der übernommenen Gesellschaft bezieht", da nicht anzunehmen ist, dass die aufnehmende Gesellschaft im Rahmen des in der Verschmelzung liegenden Leistungsaustauschs um steuerliche Abschreibungsmöglichkeiten gebracht werden soll, die ihr andernfalls bei Einzelanschaffung der Gegenstände ohne weiteres zugekommen wären.¹⁾ Dagegen steht jedoch die Überlegung, dass insoweit eine gewinnmindernde Abschreibung des Ausgleichspostens die steuerliche Erfassung der stillen Reserven kompensiert, die sich bei der Wertfortführung im Laufe der Zeit nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen auflösen. Eine nachträgliche Besteuerung des Übertragungsgewinns wäre somit im Ergebnis nicht zu erreichen. Der Oberste Finanzgerichtshof hat demnach die Steuervergünstigung des § 15 Abs.2 KStG bei der Abschreibung eines "Quotenwerts" zu Lasten des Gewinns für nicht anwendbar erklärt.²⁾

Über die zur Entscheidung anstehende Frage hinausgehend, wurde in dem zitierten Urteil darauf hingewiesen, dass eine Sicherstellung der Besteuerung auch bei der Einstellung eines nicht abschreibbaren Geschäftswerts zweifelhaft ist.³⁾ Denn selbst in diesem Falle würde spätestens bei der Betriebsaufgabe der übernehmenden Gesellschaft der als Differenz zwischen dem Veräußerungserlös und der Summe der Buchwerte entstehende Veräußerungsgewinn gemindert. Der Oberste Finanzgerichtshof hat jedoch "ohne zwingen-

-
- 1) Velder, F., "Die steuerliche Gewinnermittlung bei aktienrechtlichen Verschmelzungen", in: "Steuer und Wirtschaft" 1941, Teil I, Sp.391 ff. (Sp.410).
 - 2) Vgl. OFH v.6.11.1946, I 20/46, in: "Steuer und Wirtschaft" 1947, Teil II, Nr.8. Die aufnehmende Gesellschaft hatte durch die Verschmelzung eine bei der Übertragerin nicht aktivierte Absatzbeteiligung erworben und setzte den Unterschied zwischen dem Nennbetrag der abgegebenen jungen Aktien und dem Buchwert der übergehenden Wirtschaftsgüter als "Quotenwert" ein.
 - 3) Die aufnehmende Gesellschaft wäre in dem vorliegenden Falle nicht berechtigt gewesen, für die Absatzbeteiligung einen Geschäftswert auszuweisen, da dieser im Gegensatz zum Quotenwert kein einzelnes Wirtschaftsgut und kein einzelnes Recht beinhal-

den Grund nicht aussprechen wollen, dass die Einsetzung eines Geschäftswerts keine genügende Sicherstellung im Sinne des § 15 Abs.2 KStG bedeutet".¹⁾ Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass eine spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns überhaupt nicht möglich ist. Eine Lösung des Problems bietet vielmehr die von Gebhardt ohne nähere Begründung vertretene Ansicht. Danach darf ein Ausgleichsposten "steuerlich nicht zu Lasten des Gewinns abgeschrieben", sondern "nur mit einer versteuerten Rücklage ausgeglichen werden".²⁾ Kann er steuerlich weder während des Bestehens noch beim Erlöschen der aufnehmenden Gesellschaft den Gewinn mindern, so ist tatsächlich sichergestellt, dass die ursprünglich bei der Übertragerin gelegten stillen Reserven bei der übernehmenden Gesellschaft der Besteuerung unterworfen werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Sicherstellung der Besteuerung vorliegt, wenn der Ausgleichsposten nicht gewinnmindernd abgeschrieben, sondern bei der Auflösung der Übernehmerin mit den Rücklagen bzw. dem Eigenkapital verrechnet wird. Der aktive Ausgleichsposten ist somit im Falle der Sicherstellung nach § 15 Abs.2 KStG - ebenso wie das steuerliche Agio - wesensmässig eine Berichtigung des Eigenkapitals.

c) Die Sicherstellung der Besteuerung und die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz

Ein Wertansatz in der Handelsbilanz ist für die Steuerbilanz massgebend, "wenn er weder auf der einen Seite gegen handelsrechtliche Schranken verstösst, die im allgemeinen die Ausweisung nicht verdienter Gewinne verhindern sollen, noch andererseits gegen steuerrechtliche Korrekturvorschriften, die gegen die

tet, sondern den "Mehrwert, den ein Erwerber des ganzen Unternehmens über die Teilwerte der einzelnen dem Unternehmer gehörenden Güter aufwenden würde".

1) Vgl. OFH v.6.11.1946, I 20/46, in: "Steuer und Wirtschaft" 1947, Teil II, Nr.8.

2) Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.I. S.284.

Nichtausweisung verdienter Gewinne Vorsorge treffen".¹⁾ Steuerlich können bei der Übertragerin - die Sicherstellung der Besteuerung vorausgesetzt - die sich nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden Werte angesetzt werden. Ist diese Bedingung des § 15 Abs.2 KStG nicht gegeben, so sind gemäss § 15 Abs.1 KStG die Teilwerte einzustellen. Nach den aktienrechtlichen Bewertungsbestimmungen gelten für die "Schlussbilanz" der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften über die Jahresbilanz sinngemäss,²⁾ so dass hier eine Unterbewertung der Vermögensteile zulässig ist. Eine Massgeblichkeit kommt lediglich ausnahmsweise in Frage, wenn die steuerlichen Werte unter den in der "Schlussbilanz" ausgewiesenen Werten liegen. Das Problem der Sicherstellung der Besteuerung entfällt insoweit, als die übertragende Gesellschaft nach dem Massgeblichkeitsgrundsatz steuerlich bereits einen Gewinn auszuweisen hat.

Für die übernehmende Gesellschaft bilden handelsrechtlich die Werte der "Schlussbilanz" als Anschaffungskosten die Höchstgrenze für die Bewertung.³⁾ Unabhängig hiervon hat die Übernehmerin steuerlich im Interesse der Sicherstellung der Besteuerung die in der Endbilanz der Übertragerin eingestellten Werte fortzuführen. Der Massgeblichkeitsgrundsatz ist also insoweit durchbrochen. Es erhebt sich jedoch die Frage, ob eine Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz in Betracht kommt, "wenn die übernehmende Gesellschaft in ihrer Handelsbilanz von den Schlussbilanzwerten der übertragenden Gesellschaft nach unten abweicht",⁴⁾ oder ob auch in diesem Falle die steuerlichen Buchwerte der Übertragerin unverändert zu übernehmen sind.⁵⁾ Grundsätzlich stellt die Steuerbilanz eine nach den zwingenden Vorschriften des Steuerrechts abgeleitete Handelsbilanz dar. Da die Sicherstellung der Besteuerung auch gegeben ist, wenn die übernommenen Wirtschafts-

1) Bühler-Scherpf, a.a.O., S.153.

2) Vgl. § 239 Abs.3 AktG.

3) Vgl. § 242 AktG.

4) Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.I, S.271.

5) Vgl. Eckstein, H., a.a.O., in: "Steuer und Wirtschaft" 1939, Teil I, Sp.1018.

güter unter ihren bisherigen Buchwerten angesetzt werden, ist hier eine Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz zu bejahen. Es empfiehlt sich aber, die Werte der aktienrechtlichen "Schlussbilanz" fortzuführen. Andernfalls sind die steuerlichen Übernahmewerte entsprechend zu ermässigen. Dies hätte den Verlust von Abschreibungsmöglichkeiten bzw. die Entstehung höherer Veräusserungsgewinne zur Folge. Liegt der aussergewöhnliche Fall vor, dass die steuerlichen Übernahmewerte die handelsrechtlichen unterschreiten, so würde die Geltung des Massgeblichkeitsgrundsatzes dazu führen, dass beim abnutzbaren Anlagevermögen eine zweimalige Abschreibung in Höhe der Wertaufholung erfolgt. Dies steht jedoch mit der Forderung nach Sicherstellung der Besteuerung nicht im Einklang, so dass in diesem Falle die Massgeblichkeit zu verneinen ist.

2. Die Verschmelzung unter Aufgabe von Beteiligungsrechten oder unter Gewährung eigener Aktien

a) Die Wertfortführung in analoger Anwendung aktienrechtlicher Bestimmungen

Die im Schrifttum vertretene Auffassung

Bis zum Erlass des Aktiengesetzes kam eine Wertfortführung bei der Aufgabe von Beteiligungsrechten oder der Gewährung von eigenen Aktien nicht in Betracht, weil "das einzuschmelzende Vermögen an Hand der Anschaffungskosten unter Durchbrechung der Bewertungsstetigkeit neu zu bewerten ist".¹⁾ Unter dem Einfluss der im Aktienrecht für die übertragende und die aufnehmende Gesellschaft geschaffenen Bilanzierungsvorschriften wurde diese Auffassung überwiegend aufgegeben. Der entschiedenste Verfechter einer Abkehr ist Gebhardt, der die Vorschrift des § 242 Abs.1 AktG "ohne Rücksicht auf die Art der Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft auch für das Steuerrecht in Fällen der eigentlichen Verschmelzung nach §§ 233, 238 AktG" für uneingeschränkt massge-

1) Gebhardt, J., a.a.O., in: "Deutsche Steuer-Zeitung" 1936, S. 1187.

bend hält.¹⁾ Zahlreiche Autoren haben sich dieser Meinung angeschlossen.²⁾ Auch der Reichsfinanzhof hat die Möglichkeit einer Fortführung der Buchwerte der Übertragerin vertreten.³⁾

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass aktienrechtlich bei sämtlichen Arten von Gegenleistungen die in der "Schlussbilanz" der Übertragerin angesetzten Werte für die aufnehmende Gesellschaft Anschaffungskosten darstellen. Nachdem § 6 des Einkommensteuergesetzes ebenfalls die Bewertung nach den Anschaffungskosten vorschreibt, "tut § 242 AktG dem Steuerrecht keinen Abbruch. § 242 bekräftigt im Gegenteil auch bei der Verschmelzung die Bewertung nach den Anschaffungskosten."⁴⁾

Eine handelsrechtliche Regelung ist jedoch im Steuerrecht nur bindend, wenn ihr keine steuerlichen Bestimmungen entgegenstehen. Diese Frage ist im nächsten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung der Besteuerung kritisch zu untersuchen.

Die vorstehend skizzierte Anschauung wird von Gebhardt auch damit begründet, "dass es sich bei der Entscheidung der Rechtsfrage, welcher der umstrittenen Bewertungsmöglichkeiten bei der Verschmelzung zu folgen ist, um eine von Willens- und Zweckmässigkeitserwägungen abhängige Rechtsfindung handelt." Er lehnt es ab, "sich weiterhin im Gestrüpp eines verfeinerten

-
- 1) Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.II, S.219.
 - 2) Vgl. Becker, E., "Erläuterungen zur Rechtsprechung", in: "Steuer und Wirtschaft" 1937, Teil I, Sp.1179 ff. (Sp.1199) - Eckstein, H., "Die Verschmelzung von Aktiengesellschaften", in: "Steuer und Wirtschaft" 1938, Teil I, Sp.1083 ff. (Sp.1085). - derselbe, a.a.O., in: "Steuer und Wirtschaft" 1939, Teil I, Sp.1015 ff. (Sp.1022). - Knof, E., "Weiteres Beispiel einer Verschmelzung, verbunden mit einer Umwandlung", in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.II, S.226 ff. (S.230). - Velder, F., a.a.O., in: "Steuer und Wirtschaft" 1941, Teil I, Sp.391 ff. (Sp.401). - Asseyer, a.a.O., in: "Bücherei des Steuerrechts", Bd.50, S.93. - Kummer, "Bilanzsteuerfragen der Änderung der Rechtsform eines Unternehmens", in: "Steuer und Wirtschaft" 1949, Teil I, Sp.47 ff. (Sp.56). - Blümich-Klein-Steinbring, a.a.O., S.967, Anm.1 in Verweisung auf: Hein, G., a.a.O., in: "Finanz-Rundschau" 1956, S.293.
 - 3) Vgl. RFH v.6.7.1943, I 134/42 RStBl 1943, S.758 f. (S.759).
 - 4) Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.II, S.217.

steuerlichen Denkens zu verlieren", und fordert daher die steuerliche Anerkennung der Bestimmung des § 242 Abs.1 AktG als "wegen ihrer Einfachheit einprägsam, während alle anderen Lösungen selbst den besten Kenner des Stoffes dazu nötigen, bei jedem zu behandelnden Fall sich von neuem in wissenschaftliche Überlegungen und Untersuchungen zu vertiefen".¹⁾ Die Anerkennung dieser Argumentation würde jedoch eine gleichmässige und gerechte Besteuerung, die auf einer gründlichen Erforschung des steuerlichen Sachverhalts aufzubauen hat, ernstlich gefährden. Es würde zudem nicht nur bedeuten, dass den bei der Verschmelzung auftauchenden komplizierten Fragen aus dem Wege gegangen wird, sondern käme allgemein einer Resignation gegenüber schwierigen Problemen des Steuerrechts gleich. Damit müsste zugleich auf eine gegenseitige Befruchtung des Steuerrechts und der Betriebswirtschaftslehre verzichtet werden.

Kritische Würdigung

Nach der bis vor kurzem herrschenden Auffassung ist der im Aktienrecht verankerte Grundsatz der Wertfortführung, unabhängig von der Art der Gegenleistung, auch für das Steuerrecht bindend. Die Frage, ob sich dies mit den generellen steuerlichen Bewertungsbestimmungen und der Spezialvorschrift des § 15 Abs.2 KStG vereinbaren lässt, rückte in den letzten Jahren immer mehr in den Mittelpunkt der Erörterungen. Den Anstoss hierzu gab eine Verfügung des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 5.4.1956, wonach bei einer Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Hingabe von Anteilsrechten an der schwindenden Gesellschaft oder von eigenen Aktien weder eine steuerliche Massgeblichkeit des § 242 Abs.1 AktG noch die Steuervergünstigung des § 15 Abs.2 KStG gegeben sein könne. Vielmehr müsse bei diesen Fusionsfällen "das Prinzip der Anschaffungskosten nach den Bestimmungen des § 6 Einkommensteuergesetz (EStG) durch Auflösung stiller Reserven im Hingabevermögen der übernehmenden Gesellschaft und die Versteuerung des Fusionsgewinns

1) Vgl. Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.II, S.217.

nach § 15 Abs.1 KStG bei der Übertragenden Gesellschaft zum Zuge kommen".¹⁾ Damit wurde die rund zwei Jahrzehnte lang massgebende Handhabung, der auch die höchstrichterliche Rechtsprechung beigetreten war, aufgegeben.

Der Standpunkt der Finanzverwaltung erscheint Brönner "trotz einiger Bedenken in dieser Frage nicht zwingend, weil das Vorliegen eines Anschaffungspreises (gem. § 6 EStG)²⁾ die Unterstellung eines anderen (nach § 242 AktG)²⁾ nicht ausschliesst".³⁾ Hiergegen ist einzuwenden, dass die nach steuerlichen Prinzipien geltenden Anschaffungskosten den handelsrechtlich unterstellten vorgehen. Beim Untergang von Anteilsrechten an der Übertragerin oder bei der Gewährung von eigenen Aktien ist als Anschaffungskosten für die übernommenen Wirtschaftsgüter der Teilwert der hingegebenen Gegenleistung anzusetzen. Dieser allgemeine steuerliche Grundsatz kann nicht durch eine der handelsrechtlichen Regelung entsprechend angenommene Bindung der "Steuerbilanz an die Steuerbilanz"⁴⁾ ausser Kraft gesetzt werden.

Zu einer Ablehnung der Wertfortführung in analoger Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen gelangt man auch, wenn man von der Voraussetzung der Sicherstellung der Besteuerung ausgeht. Nach Thiel hat die aufnehmende Gesellschaft, unabhängig vom Wertansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter, "den Unterschied zwischen dem Buchwert der geschwundenen Beteiligung und den Teilwerten des übernommenen Vermögens früher oder später ohnehin zu versteuern"; diesen Gedanken veranschaulicht folgendes Beispiel:⁵⁾

-
- 1) Vgl. die Besprechung der genannten Verfügung durch Fasold, R.W., a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.747 ff.
 - 2) Anmerkung des Verfassers.
 - 3) Brönner, H., "Die Besteuerung der Gesellschaften", a.a.O., S.683.
 - 4) Vgl. Velder, F., a.a.O., in: "Steuer und Wirtschaft" 1941, Teil I, Sp.401.
 - 5) Vgl. Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.29.

Buchwert der geschwundenen Beteiligung bei der Übernehmerin X	100
Teilwert der geschwundenen Beteiligung bei der Übernehmerin X	140
Bisheriger Buchwert des übernommenen Vermögens bei der geschwundenen Gesell- schaft Y	120
Teilwert des übernommenen Vermögens bei Y	150

Unabhängig von der Bewertung des Vermögens entsteht bei der Übernehmerin früher oder später ein Gewinn von 50 aus der Aufgabe der Beteiligung. Bei einer Fortführung der Buchwerte der Übertragerin ist daher eine Besteuerung der in den übergehenden Wirtschaftsgütern liegenden stillen Reserven nicht gesichert, "weil diese stillen Rücklagen schon im Rahmen einer zutreffenden Gewinnermittlung bei der übernehmenden Gesellschaft körperschaftsteuerlich zu erfassen sind".¹⁾ Die Meinung, das ganze Problem würde entfallen, wenn in dem von Thiel gegebenen Beispiel der Buchwert der Beteiligung bei X nicht 100, sondern 120 ausmacht,²⁾ ist nicht haltbar. In diesem Falle würden die in den untergehenden Anteilsrechten noch darüber hinaus enthaltenen stillen Reserven in Höhe von 20 der Besteuerung entgehen.³⁾ Selbst wenn der Buchwert der erlöschenden Beteiligungsrechte ihrem Teilwert gleichkommt, ist durch die Wertfortführung die spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns nicht

1) Fasold, R.W., a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.749.

2) Vgl. Fasselt, T., "Anwendung des § 15 Abs.2 KStG bei der nicht unter das Umwandlungsgesetz fallenden Verschmelzung", in: "Der Betrieb" 1959, S.1064 ff. (S.1065/1066).

3) Eine andere, nicht die Wertfortführung berührende Frage ist es dagegen, ob die einzuschmelzenden Wirtschaftsgüter nach Tauschgrundsätzen mit dem Buchwert der Anteilsrechte übernommen werden können und hierdurch eine Sicherstellung der Besteuerung möglich ist. Vgl. unten S.49 ff.

ohne weiteres zu erreichen.¹⁾ Der letztere Fall dürfte ausser bei einer zufälligen Übereinstimmung von Buch- und Teilwert der schwindenden Anteilsrechte insbesondere bei der Fusionierung mit erst vor kurzem gegründeten Tochtergesellschaften vorliegen.

Der dargelegten Auffassung könnte entgegengehalten werden, "dass § 15 Abs.2 KStG lediglich die (erstmalige) Erfassung der auf die übernehmende Gesellschaft übertragenen stillen Reserven im Auge hat und dieser Bestimmung Genüge getan ist, wenn durch Übernahme der Buchwerte die stillen Reserven anlässlich ihrer Auflösung zur Versteuerung gelangen, während die zweite Erfassung im Unterschied aus Beteiligung und Wert des übertragenen Vermögens Gegenstand der Besteuerung der aufnehmenden Gesellschaft ist, deren Regelung nicht die Sache des § 15 Abs.2 KStG, sondern der allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ist".²⁾ Damit wird indes der enge Zusammenhang der Bewertung bei den Verschmelzungspartnern verkannt. Die Fortführung der Buchwerte der Übertragerin verhindert gerade die zweite Erfassung der stillen Reserven auf Grund der generellen Bewertungsbestimmung bei der aufnehmenden Gesellschaft.

In Weiterführung des eben bestrittenen Einwands wurde darauf hingewiesen, die Argumentation von Thiel setze in Wahrheit

- 1) In Abwandlung des vorstehenden Beispiels würde sich folgende Konstellation ergeben:

Buchwert der geschwundenen Beteiligung bei der Übernehmerin X	140
Teilwert der geschwundenen Beteiligung bei der Übernehmerin X	140
Bisheriger Buchwert des übernommenen Vermögens bei der geschwundenen Gesellschaft Y	120
Teilwert des übernommenen Vermögens bei Y	150

Da bei der aufnehmenden Gesellschaft mit der Wertfortführung ein Verlust von 20 als Unterschied zwischen dem Teil- bzw. Buchwert der geschwundenen Beteiligung (140) und dem Buchwert des übernommenen Vermögens (120) entsteht, werden die darin ruhenden stillen Reserven von 30 im Ergebnis nur besteuert, wenn dieser Verlust steuerlich erfolgsneutral behandelt wurde.

- 2) Brünner, H., "Die Besteuerung der Gesellschaften", a.a.O., S.689.

nicht bei der Besteuerung der Gewinne der schwindenden Gesellschaft, sondern bei dem Wegfall der Besteuerung eines Beteiligungsgewinns bei der aufnehmenden Gesellschaft an. Die Bestimmung des § 15 Abs.2 KStG habe - nachdem sie, ihrem Grundgedanken entsprechend, allein auf die schwindende Gesellschaft bezogen sei - "zweifelloos nicht zum Inhalt, dass die Doppelbesteuerung sichergestellt sein müsse".¹⁾ Diese Ansicht lässt indes ausser acht, dass gerade, weil § 15 Abs.2 KStG lediglich die Besteuerung bei der Übertragerin betrifft, bei der Übernehmerin die allgemeinen steuerlichen Vorschriften anzuwenden sind.

Wenn damit § 15 Abs.2 KStG "nur den Fall der echten Einlage gegen Gewährung neu geschaffener Anteilsrechte erfassen will", so führt dies dazu, "dass die stillen Reserven der Übertragerin unter Umständen dreimal erfasst werden: Bei der Übertragerin, auf dem Beteiligungskonto der übernehmenden Kapitalgesellschaft und bei Ausschüttung oder Auflösung der Übernehmerin bei der natürlichen Person, die als Anteilseignerin die Übernehmerin erwirbt."²⁾ Da jedoch schon die offenen Reserven der übergehenden Gesellschaft einer dreifachen Steuerbelastung unterliegen, "besteht kein rechtlich stichhaltiger Grund, die stillen Reserven von dieser Dreifachbesteuerung auszunehmen".³⁾

- 1) Flume, W., "Die Anwendbarkeit des § 15 Abs.2 KStG auf die umwandelnde Verschmelzung und die Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft", in: "Der Betrieb" 1959, S.1233 ff. (S.1233). Erstaunlicherweise folgt Flume, obwohl er eine analoge Anwendung des § 15 Abs.2 KStG bei der Aufgabe von Beteiligungsrechten vertritt, der Ansicht von Thiel, dass der derzeitige Rechtszustand - allerdings in Anbetracht der Spaltung des Körperschaftsteuersatzes und der grundsätzlichen Änderung des Verhältnisses von Einkommensteuer und Körperschaftsteuer - nicht aufrechtzuerhalten ist (S.1235).
- 2) Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.481.
- 3) Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.29. Die dreifache Steuerbelastung der offenen Reserven weist Thiel in Anlehnung an das oben S.44 verwendete Zahlenbeispiel wie folgt nach: "Eine Kapitalgesellschaft X hat vor Jahren eine Tochtergesellschaft Y gegründet und deren Kapital von 100 000 DM zu 100% übernommen. Der Buchwert der Beteiligung an Y steht bei X seither unverändert mit 100 000 DM zu Buch. Bei der Gesellschaft Y ist eine versteuerte Reserve von 20 000 DM gebildet worden. Die stillen Reserven bei Y be-

Hiergegen wird geltend gemacht, die Stellung der Schachtelver-
günstigung des § 9 KStG im System des Körperschaftsteuerrechts
und ihre Ausgestaltung im Rahmen der letzten Steueränderungs-
gesetze (Einführung der sogenannten Nachsteuer) lasse "nur den
Schluss zu, dass der bei einer Kapitalgesellschaft erzielte Ge-
winn einmal, und zwar mit dem vollen Steuersatz, der Körperschaft-
steuer unterliegen soll, dass aber eine Mehrfacherfassung durch
die Körperschaftsteuer vermieden werden soll".¹⁾ Im Körperschaft-
steuerrecht wird jedoch nicht generell, sondern lediglich beim
Vorliegen einzelner Tatbestände kraft Gesetz (Schachtelprivileg)
oder durch die Rechtsprechung (Organschaft) auf eine Dreifachbe-
steuerung verzichtet.²⁾ Daher lassen sich für die Interpretation
des § 15 Abs.2 KStG aus den dem Schachtelprivileg zugrunde lie-
genden Gedanken nur Folgerungen ziehen, wenn diese Vorschrift
auf die Verschmelzung unter Vernichtung von Beteiligungsrechter
oder unter Gewährung von eigenen Aktien anwendbar ist.

Das Schachtelprivileg hat zum Inhalt, dass unter bestimm-
ten Voraussetzungen die Gewinne der Untergesellschaft nur bei
dieser, nicht auch bei der Obergesellschaft zu versteuern sind.
Wertänderungen der Beteiligung, insbesondere z.B. eine Abschrei-
bung auf den niedrigeren Teilwert, beeinflussen jedoch den Er-
folg der Obergesellschaft. Findet bei der Untergesellschaft
eine Gewinnverwirklichung mit anschliessender Ausschüttung
nicht statt, so kann nicht unter Berufung auf das Schachtel-
privileg argumentiert werden, die dadurch eintretende Wertstei-
gerung der Beteiligung bei der Obergesellschaft sei erfolgsun-
wirksam. Der hier im Falle der Verschmelzung entstehende Über-

tragen 30 000 DM.

Es kann kein Zweifel bestehen, dass im Falle der verschmel-
zenden Umwandlung die von Y bereits versteuerten 20 000 DM
bei X als ein den Buchwert der geschwundenen Beteiligung
übersteigendes Mehr körperschaftsteuerpflichtig werden und
dass das nach Abzug der Körperschaftsteuer verbleibende Mehr
bei einer Ausschüttung an die Gesellschafter von X bei die-
sen einkommensteuerpflichtig ist."

- 1) Fasselt, T., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1065.
- 2) Thiel, H., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1092 ff.
(S.1094).

nahmegewinn ist nicht als Ausschüttung von Gewinnanteilen, sondern als Erlös aus der Hergabe von Anteilsrechten gegen die Aushändigung des Vermögens der untergehenden Gesellschaft, d.h. als Veräusserungsgewinn, anzusehen. Das Schachtelprivileg kann daher bei der Verschmelzung nicht zum Zuge kommen.¹⁾ Auch eine Aufteilung des Veräusserungsgewinns in eine Gewinn- und eine Vermögensausschüttung ist nach der Rechtsprechung nicht möglich.²⁾ Diesem Standpunkt ist zuzustimmen, da die Übertragerin die Möglichkeit hat, v o r der Verschmelzung eventuell vorhandene offene Reserven an die Übernehmerin als Dividende steuerfrei auszuschütten.³⁾ Gewinnausschüttungen sind durch die Auskehrung stiller Reserven auch insoweit durchführbar, als diese nach den steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften aufgedeckt werden können.⁴⁾ Das wird jedoch oft nur ein kleiner Teil der gesamten stillen Reserven sein, da eine Wertaufstockung bei den der Abnutzung unterliegenden Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens überhaupt nicht und bei den übrigen nur bis zur Höhe des Anschaffungswertes zulässig ist.⁵⁾ Die durch Wertsteigerungen über die Anschaffungskosten entstandenen stillen Reserven können somit keinesfalls aufgelöst werden.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die Fortführung der Buchwerte der übertragenden durch die aufnehmende Gesellschaft beim Untergang von Anteilsrechten oder der Gewährung von eigenen Aktien in analoger Anwendung der Regelung im Aktienrecht

-
- 1) Vgl. Blümich-Klein-Steinbring, a.a.O., S.848, für den Fall der Auflösung mit Abwicklung. - Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.617. - Veith-Börnstein, a.a.O., S.321 - Anderer Meinung Haver, "Rechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Überlegungen bei der erleichterten Umwandlung von Kapitalgesellschaften", in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.886 ff. (S.889/890). - Flume, W., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1234.
 - 2) Vgl. RFH v. 14.7.1936, I A 252/35, RStBl 1936, S.970.
 - 3) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.481.
 - 4) Dabei kann zwar bei der Übertragerin der ermässigte Steuersatz für berücksichtigungsfähige Ausschüttungen in Höhe von 15% in Anspruch genommen werden. Für bei der Übernehmerin nicht ausgeschüttete Schachteldividenden wird jedoch eine Nachsteuer von 36% erhoben. Vgl. § 19 Abs.1 Ziff.1 und Abs. 4 Ziff.1 KStG. Für "personenbezogene" Kapitalgesellschaften gelten andere Steuersätze.
 - 5) Gemäss § 6 Abs.1 Ziff.1 Satz 4 und Ziff.2 Satz 3 EStG.

steht einmal mit dem allgemeinen steuerlichen Anschaffungswertprinzip und zum anderen mit dem speziellen Erfordernis der späteren steuerlichen Erfassung des Übertragungsgewinns im Widerspruch. Diese letztere Forderung kann auch nicht den Grundsätzen des Schachtelprivilegs entsprechend ausgelegt werden. Deshalb ist zu untersuchen, ob sich das Problem der Sicherstellung der Besteuerung dadurch lösen lässt, dass die übergehenden Wirtschaftsgüter bei der Übernehmerin nach Tauschgrundsätzen mit dem Buchwert der erlöschenden Anteilsrechte oder der eigenen Aktien eingestellt werden.

b) Die Bewertung nach Tauschgrundsätzen zum
Buchwert der Gegenleistung

Bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Beteiligungsrechten oder unter Gewährung von eigenen Aktien scheiden Anteilsrechte aus dem Betriebsvermögen der aufnehmenden Gesellschaft gegen die übergehenden Wirtschaftsgüter aus. Wirtschaftlich gesehen, ist somit ein Tauschvorgang gegeben. Es fragt sich nun, ob die übernommenen Vermögensteile nach Tauschgrundsätzen zum bisherigen Buchwert der Beteiligungsrechte angesetzt werden können. In diesem Falle braucht die Übernehmerin keinen Gewinn zu verwirklichen, so dass bei ihr die Besteuerung der in den übergehenden Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven nachgeholt wird, wenn deren Buchwert - was die Regel ist - den Buchwert der Anteilsrechte übersteigt oder ihm gleichkommt. Die spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns wäre unter dieser Voraussetzung als sichergestellt anzusehen.

ba) Die allgemeine steuerliche Behandlung
von Tauschvorgängen

Tauschgeschäfte sind im Steuerrecht prinzipiell als Veräußerungen gegen Geld zu behandeln.¹⁾ Diese Anschauung folgt

1) "Es besteht kein Grund, eine Wertsteigerung nur dann als realisiert anzusehen, wenn ein Geldpreis erzielt ist. Die entgegengesetzte Meinung würde dazu führen, dass der Ausweis von Gewinnen in der Bilanz solange vermieden werden könnte,

aus § 6 EStG, wonach für die Bewertung die Anschaffungskosten, d.h. sämtliche zum Erwerb eines Wirtschaftsgutes gemachten Aufwendungen massgebend sind. Die Anschaffungskosten für das eingetauschte Wirtschaftsgut sind daher im Teilwert des hingegebenen zu sehen, so dass in Höhe der Differenz zum Buchwert eine Realisierung eintritt.¹⁾

Das Ausscheiden eines Wirtschaftsgutes aus dem Betriebsvermögen kann indes nicht als Kriterium für die Gewinnverwirklichung gelten. Wirtschaftlicher Betrachtungsweise zufolge, wurde zunächst beim Vorliegen höherer Gewalt (z.B. Brand) oder behördlichen Zwangs (vor allem Enteignung) von einer Realisierung Abstand genommen.²⁾ Dabei ist Bedingung, dass das Ersatzwirtschaftsgut die gleiche oder eine ähnliche Aufgabe erfüllt wie der ausgeschiedene Vermögensgegenstand und die hierin enthaltenen stillen Reserven übernommen werden.

Diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wurden gelegentlich auch auf sonstige Fälle, insbesondere auf den Tausch von Anteilsrechten, ausgedehnt.³⁾ Im Gegensatz zur steuerlichen Behandlung der Brand- und Enteignungsentschädigung werden jedoch bei diesen freiwilligen Tauschgeschäften wesentlich schärfere Massstäbe angelegt. Von einer Realisierung wurde nur abgesehen, wenn "in dem Verwendungszweck der Aktien, in ihrem Wert und in ihrer branchenmässigen Zugehörigkeit keine Änderung eingetreten war".⁴⁾ An diesen Prinzipien hat der Bundesfinanzhof in einem Gutachten festgehalten und eine Ausnahme

als nur Tauschverträge abgeschlossen würden." RFH v. 20.1.1926, VI A 1100/25, RStBl 1926, S.192.

- 1) Der Tausch wird damit steuerlich so behandelt, als wenn das aus dem Betriebsvermögen ausgeschiedene Wirtschaftsgut zu seinem Teilwert verkauft und mit dem Erlös das erworbene Wirtschaftsgut angeschafft worden wäre. Vgl. Groener, J.L., "Grundzüge der steuerlichen Gewinnermittlung", 1950, S.59.
- 2) Vgl. die grundlegenden Urteile: RFH v. 2.4.1930, VI A 514/30, RStBl 1930, S.313, und RFH v. 3.8.1938, VI 281/38, RStBl 1938, S.964.
- 3) Vgl. RFH v. 1.3.1933, I A 384/32, RStBl 1933, S.427; RFH v. 12.12.1935, VI A 916/34, RStBl 1936, S.412; RFH v. 2.11.1938, VI A 666/38, RStBl 1939, S.116; RFH v. 10.4.1940, VI 754/39, RStBl 1940, S.595.
- 4) Vgl. RFH v. 29.3.1944, VI 306/42, RStBl 1945, S.18 f. (S.18).

von der Gewinnverwirklichung nur zugelassen, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Nämlichkeit von Leistung und Gegenleistung gegeben ist.¹⁾

bb) Die Frage der wirtschaftlichen Nämlichkeit

Das Problem, ob bei der Aufgabe von Anteilsrechten oder der Gewährung eigener Aktien eine wirtschaftliche Nämlichkeit mit dem übergehenden Betriebsvermögen angenommen werden kann, ergibt sich im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Besteuerung. Darüber hinaus entsteht dieselbe Frage bei den Gesellschaftern der Übertragerin in dem Falle, dass junge oder eigene Aktien gewährt werden.

Die Nämlichkeit von untergehenden Anteilsrechten oder eigenen Aktien und übergehendem Betriebsvermögen

Nach der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs wurde ursprünglich eine Nämlichkeit der schwindenden Beteiligung und der übergehenden Wirtschaftsgüter im Falle der Verschmelzung angenommen. Im Einklang mit einem Gutachten des Deutschen Industrie- und Handelstages brauchte somit ein Gewinn nicht verwirklicht werden, wenn eine Kapitalgesellschaft eine Beteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft besitzt und deren Vermögen übernimmt.²⁾ Nach dieser Ansicht wird das übergehende Vermögen durch die Anteilsrechte verkörpert, die damit im Zuge der Verschmelzung lediglich umgeformt werden. Der gleiche Gedanke kommt in einem anderen Urteil zum Ausdruck, das den ähnlich gelagerten Fall der Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch ein Personenunternehmen betrifft.³⁾

-
- 1) Vgl. BFH-Gutachten vom 16.12.1958, I D 1/57 S, BStBl 1959 III, S.30 ff. Die Ausführungen dieses Gutachtens beziehen sich zwar grundsätzlich nur auf den Tausch von Anteilen an Kapitalgesellschaften, sind jedoch auch auf die Verschmelzung anwendbar (vgl. BFH-Gutachten, S.32 und 38).
 - 2) Vgl. RFH v. 17.6.1931, VI A 151/30, in: "Steuer und Wirtschaft" 1931, Teil II, Nr.796, Sp.1352 ff. (Sp.1360).
 - 3) Vgl. RFH v. 14.9.1935, VI A 443/34, RStBl 1936, S.121 f. (S.121).

Diesen Standpunkt hat der Reichsfinanzhof indes später aufgegeben und den Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter zu den Teilwerten unter Berücksichtigung eines originären Firmenwertes gefordert.¹⁾ Da an die Stelle der bisherigen Aktienbeteiligung Mitunternehmerschaft getreten sei, habe sich die wirtschaftliche Lage grundsätzlich geändert.²⁾ Für die Vereinigung einer Kapitalgesellschaft mit einem Personenunternehmen mag diese Argumentation angehen. Doch fragt sich, wie bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter Vernichtung von Anteilsrechten oder der Gewährung von eigenen Aktien entschieden werden muss.

In jüngster Zeit wurde die Auffassung vertreten, der Verschmelzung unter Vernichtung von Anteilsrechten liege nicht eine Veräusserung bzw. ein Tausch, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang mit Entnahmecharakter zugrunde; hieraus wird gefolgert, dem übernehmenden Gesellschafter stehe ein Bewertungswahlrecht zu, so dass die übergehenden Wirtschaftsgüter entweder mit dem Buchwert der schwindenden Beteiligung oder mit dem Teilwert angesetzt werden können. Das in § 4 UmwStG vorgesehene entsprechende Bewertungswahlrecht stelle keine Sonderregelung dar; es würde vielmehr auch gelten, wenn das Umwandlungs-Steuer Gesetz nicht ergangen wäre.³⁾ Diese über die hier interessierenden Fragen hinaus auch für allgemeine Tauschvorgänge bestimmte "Theorie der gesellschaftsrechtlichen Vorgänge"⁴⁾ kann indes bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Anteilsrechten oder der Gewährung von eigenen Aktien nicht angewendet werden. Hier bilden bereits bei der aufnehmenden Gesellschaft bilanzierte Wirtschaftsgüter die Gegenleistung, so dass ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang nicht gegeben ist. Auch der Bundesfinanzhof hat diese Theorie für "Sacheinlagen"

1) Vgl. RFH v. 28.7.1942, I 49/42, RStBl 1942, S.911 f. (S.911).

2) Vgl. RFH v. 27.10.1943, VI 353/42, RStBl 1944, S.194 ff. (S.195).

3) Vgl. Thiel, R., "Die Gewinnverwirklichung bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen", in: "Der Betrieb" 1958, S.1281 ff. (S.1281).

4) Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1093.

unter Hinweis auf die grundsätzliche Geltung des Anschaffungswertprinzips mit Recht abgelehnt.¹⁾ Eine "Entnahme" von Wirtschaftsgütern im Zuge der Verschmelzung kann daher aus demselben Grunde nicht angenommen werden. Dass nach dem Gutachten des Bundesfinanzhofs die Gesellschafter der Übertragerin "berechtigt sind, die erworbenen Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft mit dem bisherigen Buchwert der Anteile an der eingeschmolzenen Kapitalgesellschaft zu bewerten",²⁾ steht hiermit nicht in Widerspruch. Das Gutachten bezieht sich nur auf den Tausch von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Anteilsrechten oder der Gewährung von eigenen Aktien sind dagegen die Verhältnisse insofern anders gelagert, als reale Wirtschaftsgüter die Gegenleistung darstellen. Aus § 4 UmwStG ein Bewertungswahlrecht abzuleiten, ist nicht möglich, da das Umwandlungs-Steuer-gesetz eine Sonderregelung darstellt, die sowohl in ihrer zeitlichen Geltungsdauer als auch in bezug auf die Höhe der hinzugebenden Beteiligungsrechte eingeschränkt ist.

Veith-Börnstein weisen darauf hin, in dem angeführten, eine Gewinnverwirklichung bejahenden Urteil aus dem Jahre 1943³⁾ habe der seltene Fall vorgelegen, "dass eine Beteiligung zum Umlaufvermögen gehörte und im Unternehmen keine besondere betriebliche Funktion ausübte"; der Reichsfinanzhof habe daher mit diesem Urteil nicht die langjährige frühere Rechtsprechung vollständig aufgeben wollen.⁴⁾ Für die Frage der Gewinnverwirklichung kommt es jedoch nicht allein darauf an, dass die erlöschenden Anteilsrechte eine besondere Funktion ausüben, was regelmässig nur bei ihrer Zugehörigkeit zum Anlagevermögen der Fall sein wird. Wesentlich ist vielmehr neben anderen Erfordernissen, ob zwischen Leistung und Gegenleistung eine Funktionsgleichheit besteht. Da bei der Verschmelzung unter Aufgabe von

1) Vgl. BFH-Gutachten vom 16.12.1958, a.a.O., BStBl 1959 III, S.33.

2) Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1093.

3) RFH v. 27.10.1943, VI 353/42, RStBl 1944, S.194.

4) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.243/244.

Beteiligungsrechten oder unter Gewährung eigener Aktien die Voraussetzungen des § 15 Abs.2 KStG durch Wertfortführung nicht erfüllt sind, kommt es "unter Anlegung eines strengen Maßstabes darauf an, ob die wirtschaftliche Nämlichkeit bejaht werden kann".¹⁾

Die Gleichwertigkeit als erstes Kriterium der wirtschaftlichen Nämlichkeit wird im allgemeinen als zwangsläufig gegeben angesehen, da die erlöschenden Anteilsrechte das übergehende Betriebsvermögen repräsentieren. Es ist der "Teilwert der verschwindenden Aktien dem Teilwert der hinter den Aktien stehenden Wirtschaftsgüter" gleichzustellen.²⁾ Bei der Bewertung von Beteiligungen sind indes die Ertragsaussichten des betreffenden Unternehmens und somit auch ein eventuell bestehender Geschäftswert zu berücksichtigen. Da es nicht möglich ist, diesen Geschäftswert den Teilwerten der übergehenden Wirtschaftsgüter zuzurechnen,³⁾ könnten sich Wertabweichungen ergeben. Die wirtschaftliche Nämlichkeit zwischen Leistung und Gegenleistung wäre danach abzulehnen.

Die Artgleichheit der untergehenden Anteilsrechte und der durch sie verkörperten Wirtschaftsgüter ist schon wegen ihrer individuellen Verschiedenheit zu verneinen.⁴⁾ Selbst wenn man so weit gehen und im Augenblick der Verschmelzung eine Mutation der erlöschenden Beteiligungsrechte in die dahinterstehenden realen Wirtschaftsgüter annehmen würde, wäre das weitere Erfordernis der Funktionsgleichheit nicht gegeben. Denn die übernommenen Wirtschaftsgüter dienen nicht dem gleichen Verwendungszweck wie die schwindenden Anteilsrechte. Dies ist unabhängig davon, ob letztere lediglich eine Kapitalanlage darstellten oder eine Einflussnahme bzw. die Beherrschung des betreffenden Unternehmens ermöglichten.

1) BFH-Gutachten vom 16.12.1958, a.a.O., BStBl 1959 III, S.38.

2) RFH v.27.10.1943, VI 353/42, RStBl 1944, S.194 ff. (S.196).

3) Vgl. BFH v. 11.10.1955, I 117/54 U, BStBl 1956 III, S.11.

4) Vgl. Grieger, "Die Gewinnverwirklichung bei Tausch und tauschähnlichen Vorgängen, insbesondere beim Tausch von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften", in: "Deutsche Steuer-Zeitung" 1959, S.33 ff. (S.37).

Eigene Aktien verkörpern nicht das Betriebsvermögen der Übertragerin, sondern dasjenige der aufnehmenden Gesellschaft. Infolgedessen kann hier im Falle der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Nämlichkeit wegen fehlender Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zu verneinen sein. Im Hinblick auf die Art- und Funktionsgleichheit gelten die obigen Ausführungen.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass keine Nämlichkeit zwischen den erlöschenden Beteiligungsrechten oder den eigenen Aktien und den übergehenden Wirtschaftsgütern besteht. Die aufnehmende Gesellschaft darf also das übergehende Betriebsvermögen nicht zum Buchwert der Anteilsrechte ansetzen. Eine Sicherstellung der Besteuerung auf diesem Wege ist daher nicht möglich.

Die Nämlichkeit im Falle des Austausches von Beteiligungsrechten bei den Gesellschaftern der Übertragerin

Gehen für das übernommene Betriebsvermögen Anteilsrechte an der Übertragerin unter, so ist die aufnehmende Gesellschaft insoweit zugleich deren Gesellschafter. Werden dagegen junge oder eigene Aktien hingegeben, so stehen einander die aufnehmende Gesellschaft und die Anteilseigner der Übertragerin als selbständige Rechtssubjekte gegenüber.¹⁾ Die letzteren erhalten an Stelle ihrer bisherigen Beteiligung an der erlöschenden Gesellschaft junge oder eigene Aktien der Übernehmerin. Eine Gewinnverwirklichung tritt nicht ein, falls eine Nämlichkeit zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen werden kann. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so wird der entstehende Veräußerungsgewinn im Rahmen der laufenden steuerlichen Erfolgsermittlung erfasst, wenn die Anteile Betriebsvermögen darstellen. Handelt es sich jedoch um Privatvermögen, so ergibt sich ein den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnender Veräußerungsgewinn nur, wenn eine wesentliche Beteiligung vorliegt und der veräußerte Anteil 1% des Grund- oder Stammka-

1) Da die Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft und ihrer Gesellschafter zu trennen ist, werden die Anteilseigner der Übernehmerin durch die Verschmelzung nicht unmittelbar betroffen.

pitals übersteigt.¹⁾

Ursprünglich wurde die Auffassung vertreten, die Situation der Gesellschafter der Übertragerin habe sich durch die Verschmelzung hinsichtlich der Kapitalanlage nicht geändert; das eine Risiko sei durch ein anderes gleichwertiges ersetzt worden. Das eingegangene Engagement werde in anderer Form fortgeführt. Die Realisierung, die bei späterem Verkauf der eingetauschten Aktien eintreten könne, sei höchstens vorbereitet.²⁾ Hiergegen macht Gebhardt geltend, die bisherige Rechtsprechung sei für die Vorkriegszeit richtig gewesen, sie solle aber für die Zukunft infolge der "weiteren Entwicklung der Verhältnisse" nicht mehr befolgt werden. Die niedrigen Katastrophenwerte, die oftmals jetzt die Buchwerte seien, dürften nicht mehr zugrundegelegt werden. Eine vollständige Realisierung der stillen Reserven wurde indes mit der Feststellung abgelehnt, "dass es genügen würde, den Umtauschgewinn nur zur Hälfte zu erfassen."³⁾ Auf der einen Seite die Verwirklichung eines Gewinns zu fordern und ihn andererseits nur zum Teil zu besteuern, stellt jedoch eine Inkonsequenz dar, die für sich selbst spricht. Davon abgesehen, ist die weitere Entwicklung der Verhältnisse, mit der die teilweise Gewinnverwirklichung begründet wird, zwar aus den damaligen Zeitumständen verständlich. Eine rechtliche Bedeutung lässt sich hieraus aber nicht ableiten.

Die höchstichterliche Rechtsprechung hat in "den Fällen einer vom Willen der Tauschenden unabhängigen echten Fusion oder sonstigen Zwangsverhältnissen" keine Realisierung verlangt.⁴⁾ Wird darauf abgestellt, dass der Tauschende nicht den Willen zur Verschmelzung gehabt hat, müsste eine Gewinnverwirklichung eintreten, wenn die Verschmelzung unter Billigung oder gar unter Betreiben des Tauschenden zustande kommt. Hiergegen

1) Vgl. § 17 Abs.1 Satz 1 EStG.

2) RFH v. 3.2.1932, VI A 805/31, RStBl 1932, S.464 f. (S.465).

3) Gebhardt, J., "Gewinnverwirklichung bei Aktienbewegungen", in: "Deutsche Steuer-Zeitung" 1942, S.513 ff. (S.515 und 517).

4) Vgl. RFH v. 29.3.1944, VI 306/42, RStBl 1945, S.18 f. (S.18).

wird jedoch auf die Vorschrift des § 15 Abs.2 KStG verwiesen, wonach von einer Realisierung der in den übergehenden Wirtschaftsgütern liegenden stillen Reserven abzusehen ist, da in dem Betrieb der Übernehmerin eine Fortführung des Betriebs der übertragenden Gesellschaft erblickt werden muss. "Es erscheint deshalb vertretbar, diesen Gedanken auch bei der Frage zu bewerten, ob der Gesellschafter der übertragenden Kapitalgesellschaft wirtschaftlich etwas anderes erhält, als er bisher gehabt hat."¹⁾ Hierfür spricht die Überlegung, dass mit den bisherigen Anteilsrechten das dahinterstehende Betriebsvermögen der Übertragerin hingegeben wird, das sich mit dem der aufnehmenden Gesellschaft zu einer neuen Einheit vereinigt, von der neue Anteilsrechte an die Gesellschafter der Übertragerin gewährt werden. Da diese Anteile das durch die untergehenden Beteiligungsrechte repräsentierte Betriebsvermögen mit umfassen, könnte insoweit sogar von einer Fortführung der ursprünglichen Anteilsrechte gesprochen werden. Trotzdem wäre es im Interesse einer einheitlichen Lösung der verschiedenartigen Tauschvorgänge folgerichtig, wenn auch für den Tausch von Beteiligungsrechten anlässlich einer Verschmelzung die allgemeinen Grundsätze Geltung besitzen würden. Dies um so mehr, als hierbei regelmässig die Gleichwertigkeit, die Gleichartigkeit und die Funktionsgleichheit der ausgetauschten Anteilsrechte als Voraussetzungen für die wirtschaftliche Nämlichkeit gegeben sein werden. Damit könnte auf systematisch einwandfreie Weise das Ergebnis erreicht werden, zu dem die Rechtsprechung über eine Ausnahmeregelung kommt.

bc) Das Problem der Aktivierung eines Geschäftswerts

Die Aktivierung eines Geschäftswerts ist nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen insoweit vorgeschrieben, als dafür Aufwendungen angefallen sind, d.h. beispielsweise "bei der Übernahme eines Geschäfts mehr bezahlt wurde, als die Werte

1) BFH-Gutachten vom 16.12.1958, a.a.O., BStBl 1959 III, S.38.

der einzelnen Vermögensgegenstände ausmachen".¹⁾ Nur ein derivativer, entgeltlich erworbener Geschäftswert ist somit aktivierungspflichtig. Es fragt sich daher, ob bei der Eingliederung eines Unternehmens im Wege der Verschmelzung unter Vernichtung von Anteilsrechten oder der Hingabe von eigenen Aktien eine Entgeltlichkeit vorliegt. Diese Voraussetzung wird verneint, da der Vermögensübergang "sich tatsächlich ja gerade nicht auf Grund eines entgeltlichen Erwerbsgeschäfts" vollzieht, sondern in dem Verschmelzungsbeschluss begründet ist. Ein Firmenwert werde "nur dann realisiert, wenn dafür effektiv etwas gezahlt wird, nicht aber, wenn eine Gegenleistung fingiert werden muss".²⁾ Dagegen ist einzuwenden, dass eine Entgeltlichkeit auch bei der Hingabe von anderen Vermögenswerten als Geld, d.h. auch bei der Gewährung von Beteiligungsrechten, gegeben ist. Von Seiten der aufnehmenden Gesellschaft gesehen, handelt es sich hier um einen Anschaffungsvorgang, bei dem das übernommene Betriebsvermögen zum Teilwert der Gegenleistung bewertet werden muss. Nach einer ohne nähere Begründung vertretenen Ansicht, soll hierfür "nur der Teilwert der dahinterstehenden materiellen Wirtschaftsgüter" massgebend sein.³⁾ Die Übertraglerin wird jedoch als Ganzes, d.h. einschliesslich der immateriellen Wirtschaftsgüter, übernommen. Auch die Beteiligungsrechte verkörpern das gesamte materielle und immaterielle Vermögen. Der Teilwert der Anteilsrechte ist, unter diesem Blickwinkel gesehen, regelmässig höher als die Summe der Teilwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter, so dass der Unterschiedsbetrag bei der aufnehmenden Gesellschaft als Firmenwert anzusetzen wäre.⁴⁾

1) Bühler-Scherpf, a.a.O., S.238.

2) Heyden, H., "Ansatz des Firmenwerts der umgewandelten Kapitalgesellschaft beim Übernehmer", in: "Der Betrieb" 1959, S.1037 f. (S.1037).

3) Vgl. Heyden, H., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1038.

4) Einen Geschäftswert "auf die einzelnen sonstigen Betriebsvermögensgegenstände umzulegen und auf diese Weise ihren Wert zu erhöhen", ist einkommensteuerrechtlich nicht zulässig. Vgl. BFH v. 11.10.1955, I 117/54 U, BStBl 1956 III, S.11 f. (S.12).

Ob man aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Aktivierung eines Geschäftswerts bei der Übertragerin für dieselbe Frage bei der aufnehmenden Gesellschaft Schlussfolgerungen ziehen kann,¹⁾ erscheint fraglich. Zwar gehen neben dem Firmennamen der erlöschenden Gesellschaft vor allem in der Organisation des Unternehmens liegende Geschäftswertelemente unter, da im Zuge der Verschmelzung in der Regel organisatorische Änderungen oder Umstellungen in mehr oder minder grossem Umfange notwendig werden. Doch im Gegensatz zur Übertragerin ist die aufnehmende Gesellschaft als Erwerber anzusehen, bei dem nach ständiger Rechtsprechung der übernommene Geschäftswert durch geeignete Massnahmen auf der gleichen Höhe gehalten wird. "Es widerspricht dem Wesen des Geschäftswerts, hier zwei voneinander getrennte Geschäftswerte, einen schwindenden derivativen und einen gleichzeitig neu entstehenden originären Geschäftswert anzunehmen."²⁾ Der Geschäftswert stellt ein vom Entstehen und Vergehen der einzelnen Geschäftswertelemente unabhängiges einheitliches Wirtschaftsgut dar. Er ist somit bei der aufnehmenden Gesellschaft grundsätzlich zu aktivieren.

Die Ermittlung eines angemessenen Geschäftswerts ist jedoch in der Praxis nur auf Grund unbestimmter Annahmen oder durch Schätzungen möglich. Selbst hierbei treten ungewöhnliche Schwierigkeiten auf. Daher sprechen Gründe der Gleichmässigkeit der Besteuerung und Praktikabilitätsabwägungen, die von der Rechtsprechung bereits gegen den Ansatz eines Geschäftswerts bei der Übertragerin geltend gemacht wurden, auch gegen eine Aktivierung bei der aufnehmenden Gesellschaft.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass Thiel in seinem oben wiedergegebenen Zahlenbeispiel den Teilwert der untergehenden Beteiligung niedriger annimmt als den des übergehenden Vermögens.³⁾ Diese ohne nähere Begründung gewählte Konstellation dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Teilwert der

1) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.593/594.

2) BFH v. 15.4.1958, I 61/57 U, BStBl 1958 III, S.330 f. (S.331)

3) Vgl. Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.29 und oben S.44.

erlöschenden Anteilsrechte nicht nur durch einen Geschäftswert des übergehenden Unternehmens erhöht, sondern auch im Falle der Sicherstellung der Besteuerung durch die auf den übernommenen Wirtschaftsgütern ruhende Steuerbelastung ermässigt werden kann. Ein Erwerber der Anteilsrechte würde zweifelsohne bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigen, dass die stillen Reserven des übernommenen Betriebsvermögens noch steuerlich zu erfassen sind.

Welche dieser beiden Komponenten den Teilwert der Anteilsrechte in stärkerem Masse beeinflusst, ist im Einzelfalle verschieden. In den folgenden Zahlenbeispielen wird von einer Übereinstimmung des Teilwerts des übergehenden Betriebsvermögens und der schwindenden Anteilsrechte oder eigenen Aktien ausgegangen. Damit soll lediglich angedeutet werden, dass die beiden Komponenten gegenläufig sind, nicht aber, dass sie sich gegenseitig aufheben. Dieses Vorgehen erscheint sinnvoll, weil es für die nunmehr zu untersuchenden anderweitigen Möglichkeiten der Sicherstellung der Besteuerung grundsätzlich ohne Bedeutung ist, ob der Teilwert der Anteilsrechte den des übergehenden Betriebsvermögens über- oder unterschreitet.

c) Verbleibende Möglichkeiten der Sicherstellung der Besteuerung

Die Sicherstellung der Besteuerung lässt sich weder durch die Fortführung der letzten steuerlichen Buchwerte der übertragenden Gesellschaft noch durch den Ansatz der übernommenen Wirtschaftsgüter zum Buchwert der erlöschenden Anteilsrechte oder der eigenen Aktien erfüllen. Das übernommene Betriebsvermögen ist danach zwar bei der aufnehmenden Gesellschaft grundsätzlich mit den Anschaffungskosten zu bewerten, die im Teilwert der Gegenleistung zu sehen sind. Doch bevor hieraus der Schluss gezogen wird, § 15 Abs.2 KStG könne nicht angewendet werden, so dass die stillen Reserven der schwindenden Gesellschaft nach § 15 Abs.1 KStG steuerlich aufzulösen sind,¹⁾ ist

1) Vgl. Brönnner, H., "Die Besteuerung der Gesellschaften", Ergänzungsband 1959, Stuttgart 1959, S.158.

zu prüfen, ob eine spätere steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns nicht auf irgendeine andere Art gewährleistet werden kann. In diesem Falle liesse sich eine Realisierung der stillen Reserven der Übertragerin im Zeitpunkt der Verschmelzung vermeiden. Welche Wege dazu überhaupt bestehen und ob sie im einzelnen sinnvoll sind, ist nun eingehend zu untersuchen.

ca) Die Aufstockung des Buchwerts der untergehenden Anteilsrechte

Einem Vorschlag von Deutzmann gemäss, ist die schwindende Beteiligung, nachdem ihre stillen Reserven durch Zuschreibung aufgelöst wurden, über Rücklagen auszubuchen; die übergehenden Wirtschaftsgüter sind bei der aufnehmenden Gesellschaft mit ihren Buchwerten zu aktivieren, wobei die Gegenbuchung in gleicher Weise über Rücklagen vorzunehmen ist.¹⁾ Zur Veranschaulichung sei das angeführte Beispiel wiedergegeben:

	DM (in Tausend)
Buchwerte der Wirtschaftsgüter der übertragenden Gesellschaft	40
Teilwerte der Wirtschaftsgüter der übertragenden Gesellschaft	100
Teilwert der untergehenden Beteiligung	100
Buch- und Anschaffungswert der untergehenden Beteiligung	1
Buchungen der aufnehmenden Gesellschaft:	
1. Übernahme der Buchwerte:	
Aktiva: Rücklagen	40
2. Zuschreibung der Beteiligung:	
Beteiligung: ausserordentlicher Ertrag	99
3. Abbuchung der Beteiligung:	
Rücklagen: Beteiligung	100

1) Deutzmann, G., "Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Handels- und Steuerrecht", Diss. Köln 1955, S.210.

Danach werden also bei der aufnehmenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Verschmelzung 99 000 DM, und im Laufe der Zeit durch die Auflösung der stillen Reserven in den übernommenen Wirtschaftsgütern nach allgemeinen Grundsätzen weitere 60 000 DM, insgesamt also ein Gewinn von 159 000 DM, realisiert.

Durch diese Buchungen kann zweifellos eine Sicherstellung der Besteuerung erreicht werden. Nach geltendem Recht ist die Auflösung der stillen Reserven der Beteiligung durch Zuschreibung indes nur bis zur Höhe des Anschaffungswertes zulässig, so dass hier eine Ergänzung der gesetzlichen Vorschrift des § 15 Abs.2 KStG gefordert werden muss.¹⁾ Es fragt sich jedoch, ob die steuerliche Erfassung des Übertragungsgewinns nicht auch auf Grund des geltenden Rechts gewährleistet werden kann.

cb) Die steuerlich erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens

Zur Sicherstellung der Besteuerung schlägt Fasold die erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens in die Bilanz der übernehmenden Gesellschaft vor, der in seiner Höhe dem Übertragungsgewinn gleichkommt, d.h. dem Unterschied zwischen Teilwert des Hingabevermögens und Buchwert des übergehenden Vermögens. "In dem üblichen Fall, dass die Teilwerte des Hingabe und des Übernahmevermögens gleichhoch sind, entspricht der Passivposten damit dem Umfang der stillen Rücklagen im Übernahmevermögen. Daneben ist auch eine Aufgliederung des Gesamtpostens in die Rücklagen der einzelnen Wirtschaftsgüter ohne weiteres möglich." Die gewinnerhöhende Auflösung des Passivpostens ist im Zeitpunkt des Ausscheidens des einzelnen Wirtschaftsguts aus dem Betriebsvermögen bzw. bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern im Zeitpunkt der Vollabschreibung unter Verteilung auf die Restnutzungsdauer vorzunehmen.²⁾

Dieser Lösungsversuch (siehe nächste Seite) soll zunächst

1) Vgl. Deutzmann, G., a.a.O., S.242/243.

2) Vgl. Fasold, R.W., a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.749 und 750.

Übertragende Gesellschaft	DM (in Tausend)	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt		40
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt		100
Aufnehmende Gesellschaft		
Buchwerte der untergehenden Beteiligung		1
Teilwert der untergehenden Beteiligung		100
Bildung eines erfolgsneutralen Passivpostens im Zeitpunkt der Verschmelzung	DM (in Tausend)	
Teilwert der untergehenden Beteiligung		100
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter		40
Rücklagen: Konto "Sicherstellung der Besteuerung"		60
		=====
Gewinnverwirklichung im Zeitpunkt der Verschmelzung	DM (in Tausend)	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter		40
Buch- und Anschaffungswert der untergehenden Beteiligung		1
		39

Gewinnverwirklichung im Laufe der Jahre:		
a) Nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen:		
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter		100
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter		40
		60

b) Durch erfolgswirksame Auflösung des Passivpostens:		
Konto "Sicherstellung der Besteuerung": ausserordentlicher Ertrag		60

		120

Gewinnverwirklichung insgesamt		159
		=====

an Hand des vorstehend verwendeten Zahlenbeispiels erläutert werden.

Bei der Übernehmerin werden somit im Zeitpunkt der Verschmelzung 39 000 DM und im Laufe der Zeit nach allgemeinen Grundsätzen und durch Auflösung des Passivpostens je 60 000 DM, insgesamt also ein Gewinn von 159 000 DM, realisiert.

Zunächst ist anzuerkennen, dass die Voraussetzung der Sicherstellung der Besteuerung hier im Prinzip erfüllt wird. Die Einstellung eines gewinnneutralen Passivpostens führt allerdings zu einer Häufung von Realisierungsvorgängen, da in der auf die Verschmelzung folgenden Zeit jeweils die im Passivposten "sichergestellten" und die in den Buchwerten der übernommenen Wirtschaftsgüter ruhenden stillen Reserven zugleich aufgedeckt und damit besteuert werden. Entscheidend für die Ablehnung des Vorschlags in der dargelegten Form ist jedoch der Ansatzpunkt der Lösung. Fasold geht in seiner allgemeinen Konzeption davon aus, dass die Bestimmungen des § 242 Abs.1 AktG auch steuerlich uneingeschränkt verbindlich sind,¹⁾ d.h. die Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter für die Übernehmerin Anschaffungskosten darstellen. Dieser Auffassung kann aus grundsätzlichen Erwägungen nicht gefolgt werden.

Wie in den vorstehenden Ausführungen dargelegt wurde, kommt bei der aufnehmenden Gesellschaft das Anschaffungswertprinzip zum Zuge, so dass die übernommenen Wirtschaftsgüter zum Teilwert der Gegenleistung einzustellen sind. Nach dieser hier vertretenen Auffassung ist die steuerlich erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens somit unter Zugrundelegung des obigen Zahlenbeispiels wie folgt abzuwandeln:

1) Vgl. Fasold, R.W., a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.750.

DM
(in Tausend)

Bildung eines erfolgsneutralen Passivpostens im Zeitpunkt der Verschmelzung (wie oben)	60 =====
--	-------------

Gewinnverwirklichung im Zeitpunkt der Verschmelzung	DM (in Tausend)
---	--------------------

Teilwert der untergehenden Beteiligung	100
--	-----

Buch- und Anschaffungswert der untergehenden Beteiligung	1	99 -----
--	---	-------------

Gewinnverwirklichung im Laufe der Jahre

Durch erfolgswirksame Auflösung des Passivpostens	60 =====
---	-------------

Gewinnverwirklichung insgesamt	159 =====
--------------------------------	--------------

Diese Lösung steht einmal mit dem Erfordernis der Sicherstellung der Besteuerung und zum anderen mit den bei der aufnehmenden Gesellschaft eingreifenden allgemeinen Bewertungsgrundsätzen im Einklang. Die erfolgswirksame Auflösung der Rücklage in dem Rhythmus, "in dem sich bei Fortbestand der schwindenden Kapitalgesellschaft bei dieser die stillen Reserven verwirklicht haben würden",¹⁾ wird aber in der Praxis bei Fusionen grösseren Umfangs schwierig sein, so dass die Sicherstellung der Besteuerung nur "höchst gewaltsam"¹⁾ möglich ist. Daher sei im folgenden eine andere Methode der Sicherstellung der Besteuerung entwickelt, bei der sich die in den übergehenden Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen auflösen.

1) Vgl. Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" ... S.1096.

cc) Die Aktivierung eines Kapitalberichtigungs-
postens

Die auf dem Vorschlag von Fasold basierende Lösung befriedigt nicht voll. Deshalb ist zu überlegen, ob sich die Sicherstellung der Besteuerung unter gleichzeitiger Beachtung der allgemeinen Bewertungsbestimmungen bei der aufnehmenden Gesellschaft nicht über die Aktivierung eines Ausgleichspostens erreichen lässt. Auf diese Weise wurde die genannte Voraussetzung bei der Hingabe von jungen Aktien erfüllt.

Führt man die Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter fort und stellt in Höhe der Differenz zum Teilwert der untergehenden Beteiligung einen Aktivposten in die Bilanz der Übernehmerin ein, so ist einmal der Bewertung zu den Anschaffungskosten im Ergebnis Genüge getan. Zum anderen lösen sich die in den übernommenen Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven im Laufe der Zeit auf. Dies zeigt das Beispiel auf der folgenden Seite.

Bei der aufnehmenden Gesellschaft werden also im Verschmelzungszeitpunkt durch die Fortführung der Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter 39 000 DM und durch den Ansatz eines Aktivpostens weitere 60 000 DM, d.h. zusammen ein Gewinn von 99 000 DM, verwirklicht. Die nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen im Laufe der Zeit freiwerdenden stillen Reserven betragen 60 000 DM; die Gewinnverwirklichung beläuft sich insgesamt auf 159 000 DM. Die bei der Aktivierung eines Ausgleichspostens stattfindende Realisierung stimmt also mit dem bei der erfolgsneutralen Einstellung eines Passivpostens gefundenen Ergebnis überein.

Die steuerliche Erfassung der im übernommenen Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven lässt sich zeitlich hinausschieben. Damit dürfte die Auffassung widerlegt sein, es könne "durch keine wie immer geartete Bewertung des an Stelle der geschwundenen Beteiligung erworbenen Wirtschaftsguts sichergestellt werden, dass die stillen Reserven der schwindenden Kapitalgesellschaft bei der Übernehmerin zur Versteuerung

Übertragende Gesellschaft	DM (in Tausend)
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt	40
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt	100

Aufnehmende Gesellschaft

Buchwert der untergehenden Beteiligung	1
Teilwert der untergehenden Beteiligung	100

Gewinnverwirklichung im Zeitpunkt der Verschmelzung

a) Fortführung der Buchwerte:

Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	40	
Buchwert der untergehenden Beteiligung	1	39

b) Einstellung eines Aktivpostens:

Teilwert der untergehenden Beteiligung	100	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	40	60

Gewinnverwirklichung im Laufe der Jahre nach allgemeinen Grundsätzen

Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	100	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	40	60
Gewinnverwirklichung insgesamt		159 =====

gelangen".¹⁾ Es fragt sich indes, ob dieser überraschend einfache Lösungsversuch des Problems der Sicherstellung der Besteuerung sinnvoll ist. Um dies zu beurteilen, ist das Wesen des Aktivpostens unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu untersuchen.

Bei der Verschmelzung unter Hingabe von jungen Aktien wurde die Bedeutung eines steuerlichen Ausgleichspostens für die Sicherstellung der Besteuerung eingehend erörtert. Dabei stellte dieser das bilanzielle Gleichgewicht zwischen dem Wertansatz der zu Pari oder über Pari ausgegebenen jungen Aktien und den niedrigeren Einbuchungswerten der übernommenen Wirtschaftsgüter her. Der Ausgleichsposten war dabei, nachdem die Ausgabe von jungen Aktien einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang darstellt - Bestandteil einer steuerfreien Vermögensmehrung. Dass er nicht gewinnmindernd abgeschrieben werden kann, ist insofern gerechtfertigt, als er vom Standpunkt der Sicherstellung der Besteuerung den Charakter eines Kapitalberichtigungspostens trägt.

Bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Beteiligungsrechten oder Gewährung von eigenen Aktien findet jedoch kein gesellschaftsrechtlicher, sondern ein tauschähnlicher Vorgang statt. Daher ist der Ausgleichsposten hier erfolgswirksam einzustellen. Unabhängig davon darf er zur Sicherstellung der Besteuerung, ebenso wie im Falle der Hingabe von jungen Aktien, weder zu Lasten des Gewinns abgeschrieben werden, noch sich bei der Beendigung des Unternehmens gewinnmindernd auswirken. Er ist bei der Gegenüberstellung von End- und Anfangsvermögen des letzten Rechnungsabschnitts als buchtechnisch bedingter Ausgleichsposten unberücksichtigt zu lassen, so dass sich hierdurch der Veräußerungsgewinn nicht verringert. Der Ausgleichsposten kommt deshalb seinem Wesen nach ebenfalls einer Kapitalberichtigung gleich.

) Vgl. Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1959, S.1096.

cd) Die Sicherstellung der Besteuerung und die
Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die
Steuerbilanz

Die Wertansätze in der "Schlussbilanz" stellen auch beim Untergang von Anteilsrechten oder der Gewährung eigener Aktien für die Übernehmerin handelsrechtlich die Höchstgrenze dar. Steuerlich sind dagegen im Verschmelzungszeitpunkt die in den genannten Beteiligungsrechten enthaltenen stillen Reserven aufzudecken. Der Massgeblichkeitsgrundsatz kann hier somit nicht zum Zuge kommen, da die Werte der Steuerbilanz diejenigen der Handelsbilanz in aller Regel übersteigen. Auch in dem umgekehrten Fall wäre eine Massgeblichkeit zu verneinen.¹⁾ Diese Konstellation erscheint indes abwegig, da steuerrechtlich der Teilwert der Anteilsrechte anzusetzen ist. Überhöhte handelsrechtliche Werte wären schon bei der Übertragerin zu ermässigen.

ce) Ergebnis

Eine Lösung des Problems der Sicherstellung der Besteuerung durch die Aktivierung eines Kapitalberichtigungspostens besitzt gegenüber der erfolgsneutralen Einstellung eines Passivpostens den Vorzug, dass die Auflösung der stillen Reserven in den übernommenen Wirtschaftsgütern nicht im einzelnen verfolgt zu werden braucht. Die Sicherstellung der Besteuerung in dieser Form ist daher in der Regel ohne grosse Schwierigkeiten möglich. Ein insbesondere den Praktiker störender Nachteil ist, dass der Kapitalberichtigungsposten während der gesamten Lebensdauer der aufnehmenden Gesellschaft bilanziert werden muss. Im Gegensatz hierzu wird der erfolgsneutral angesetzte Passivposten in dem Masse aufgelöst, wie die in den übernommenen Wirtschaftsgütern liegenden stillen Reserven verwirklicht werden. Ihre voraussichtliche Realisierung könnte der Grössenordnung nach auch ohne langwierigen Buchnachweis auf Grund überschlägiger Berechnung festgestellt werden. Es wäre wünschenswert, wenn die Fi-

1) Vgl. im einzelnen S.40.

nanzverwaltung einer Auflösung des Passivpostens auf dieser Grundlage zustimmen würde. In diesem Falle wäre als Lösung der Sicherstellung der Besteuerung die erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens vorzuziehen.

Die Sicherstellung der Besteuerung gemäss § 15 Abs.2 KStG verhindert eine sofortige steuerliche Erfassung der stillen Reserven der übertragenden Gesellschaft gemäss § 15 Abs.1 KStG im Verschmelzungszeitpunkt. Ein Blick auf die praktischen Auswirkungen der gefundenen Lösung zeigt jedoch, dass die Tragweite dieses Postulats im Hinblick auf die bei der übernehmenden Gesellschaft eingreifenden allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze bisher nicht erkannt wurde. Bei der Einführung der genannten Voraussetzung hat der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass hierdurch Gewinne erfasst werden sollen, die bisher der Besteuerung entgangen sind.¹⁾ Dieses Ziel lässt sich nur durch die vorstehend aufgezeigten Methoden der Sicherstellung der Besteuerung erreichen. Daher kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass über eine freie Auslegung der Vorschrift des § 15 Abs.2 KStG einer klaren, vor allem wirtschaftspolitisch zu begründenden Entscheidung hinsichtlich der Fusionsbesteuerung ausgewichen wurde. Dieser Eindruck wird dadurch bekräftigt, dass die bis vor kurzem als herrschend angesehene Möglichkeit der Wertfortführung oder der Einstellung des übernommenen Betriebsvermögens zum Buchwert der untergehenden Anteilsrechte die Kernpunkte der Regelung im Umwandlungs-Steuerengesetz darstellen. Dass diese befristet und nur auf Verschmelzungen anwendbar ist, bei denen Anteilsrechte an der Übertragerin von mehr als 75% untergehen, spricht für den Sondercharakter des Umwandlungs-Steuergesetzes. Im Anschluss an die Behandlung der danach geltenden Bilanzierungsgrundsätze werden aus den hier nur angedeuteten Zusammenhängen wichtige Folgerungen im Hinblick auf die körperschaftsteuerliche Regelung de lege ferenda zu ziehen sein.

1) Vgl. Begründung zum Körperschaftsteuergesetz, RStBl 1935, S.81 ff. (S.85).

C. Die Bilanzierung nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes

Bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Anteilsrechten besteht körperschaftsteuerlich keine Möglichkeit, die spätere Erfassung des Übertragungsgewinns durch Wertfortführung nachzuholen. Zwar besitzt die bisherige entgegengesetzte Verwaltungspraxis zur Vermeidung von Härten nach einer Verlautbarung der Finanzbehörden noch unbedenklich Gültigkeit, wenn die Verschmelzung vor dem 1.1.1957 vorgenommen wurde.¹⁾ Jedoch ist von diesem Zeitpunkt ab der sich ergebende Übertragungsgewinn zu versteuern, wenn die genannte Forderung nicht erfüllt wird.

Im Gegensatz hierzu kann eine Verschmelzung nach den besonderen Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes auch ohne Besteuerung der stillen Reserven der Übertragerin durchgeführt werden. Voraussetzung ist indes, dass die Verschmelzung in der Zeit vom 1.1.1957 bis 31.12.1959 beschlossen wird und die aufnehmende Gesellschaft als Haupt- bzw. Alleingesellschafter zu mehr als 75% an der Übertragerin beteiligt ist. In diesem Falle gelten an Stelle der allgemeinen körperschaftsteuerlichen Bestimmungen die Erleichterungen des Umwandlungs-Steuergesetzes. Danach kann die erlöschende Gesellschaft die bisherigen steuerlichen Buchwerte in ihrer Endbilanz ansetzen.

Allgemeinen Tauschgrundsätzen gemäss, ist die Übernahme des Betriebsvermögens zum Buchwert der untergehenden Anteilsrechte ausgeschlossen, so dass eine Sicherstellung der Besteuerung auf diesem Wege nicht erreicht werden kann. Eine Gewinnrealisierung bei der aufnehmenden Gesellschaft ist deshalb un-

1) Vgl. die Notiz "Bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften entstehender Gewinn", in: "Deutsche Zeitung mit Wirtschaftszeitung" vom 20.9.1958, S.21.

vermeidlich.

Das Umwandlungs-Steuer-gesetz räumt in dieser Frage dagegen bestimmte Bewertungswahlrechte ein. Danach können die übernommenen Wirtschaftsgüter zum Buchwert der erlöschenden Anteilsrechte eingestellt werden. Der bei einer Fortführung der Buchwerte der erlöschenden Gesellschaft entstehende Übernahme-gewinn ist durch einen ermässigten Steuersatz begünstigt.

I. Die Bilanzierung bei der übertragenden Gesellschaft

Den Grundsätzen des Umwandlungs-Steuer-gesetzes entsprechend können die übergehenden Wirtschaftsgüter in der Endbilanz der Übertragerin mit dem Wert angesetzt werden, der sich nach den steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften - mit Ausnahme des § 15 KStG - ergibt. Die Einstellung eines höheren Wertes ist bis zum Teilwert als Höchstwert zulässig.¹⁾

1. Der Ansatz der Buchwerte

In der Möglichkeit, die Wirtschaftsgüter in der Endbilanz der untergehenden Gesellschaft zu den Buchwerten - als den sich nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden Werten - einzustellen, ist die bedeutendste Steuererleichterung des Umwandlungs-Steuer-gesetzes zu erblicken.²⁾ Diese Feststellung bezieht sich zwar primär auf die Vereinigung von Kapitalgesellschaften mit Personengesellschaften, bei der körper-

1) Vgl. § 3 UmwStG; es erübrigt sich, § 14 KStG - Auflösung und Abwicklung (Liquidation) - ausdrücklich für nicht anwendbar zu erklären, da sich dies bereits aus dem Inhalt der Vorschrift ergibt.

2) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.219. - Hohrmann-Rau, "Umwandlungs-Steuer-gesetz", Heidelberg, Berlin, § 3 Anm.17.

schaftsteuerlich ein Zwang zur Realisierung der stillen Reserven besteht.¹⁾ Sie hat jedoch ebenso für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften Gültigkeit, da hierbei eine Gewinnverwirklichung - im Gegensatz zu der körperschaftsteuerlichen Regelung - allein durch den Ansatz der Buchwerte vermieden werden kann. Die Endbilanz der übertragenden Gesellschaft deckt sich im Ergebnis mit der auf den Verschmelzungsstichtag aufzustellenden normalen Erfolgsbilanz; es ist somit kein besonderer Übertragungsgewinn auszuweisen und nur der bis zum Verschmelzungsstichtag entstandene laufende Gewinn zu versteuern.²⁾ Auch für das letzte Wirtschaftsjahr sind die verschiedensten steuerlichen Sondervorschriften anwendbar, z.B. die Bewertungsfreiheit für geringwertige Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens gemäss § 6 Abs.2 EStG oder die Steuerbegünstigungen gemäss §§ 7a ff. EStG.

2. Der Ansatz höherer Werte

Die Wirtschaftsgüter der untergehenden Gesellschaft können in der Endbilanz auch mit einem höheren Wert als dem Buchwert, höchstens jedoch mit ihrem Teilwert, eingestellt werden.³⁾ Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, die Möglichkeit einer Gewinnverwirklichung unbenommen bleiben soll. Dabei braucht nicht in voller Höhe realisiert zu werden, es ist vielmehr auch der Ansatz von Zwischenwerten denkbar.

Der Zweck einer Höherbewertung kann einmal darin liegen, für die aufnehmende Gesellschaft grössere Abschreibungsmöglichkeiten zu schaffen bzw. spätere Veräusserungsgewinne zu mindern. Es fragt sich jedoch, ob eine solche Massnahme bei den geltenden Steuersätzen sinnvoll ist. Zum anderen lässt sich über eine Wertaufstockung ein bei der übertragenden Gesell-

1) Gemäss § 15 Abs.1 KStG; die Steuervergünstigung nach § 15 Abs.2 KStG ist hier von vornherein nicht anwendbar.

2) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 3 Anm.16.

3) Vgl. § 3 Satz 2 UmwStG.

schaft bestehender Verlust ausgleichen.

Obwohl die Übernehmerin durch den Ansatz höherer Werte ihre dem vollen Steuersatz unterliegenden zukünftigen Gewinne mindern kann, ist der im Verschmelzungszeitpunkt entstehende (erhöhte) Übernahmegewinn lediglich mit dem ermässigten Tarif von 20% zu besteuern.¹⁾ Durch die Aufstockung der Buchwerte wird jedoch - wenn man von der Möglichkeit einer Verlustverrechnung absieht - auch bei der übertragenden Gesellschaft ein Gewinn verwirklicht. Darin ist keine berücksichtigungsfähige Gewinnausschüttung zu sehen, da ein Verschmelzungsbeschluss nicht als ein den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechender Gewinnverteilungsbeschluss²⁾ gelten kann. Zudem lässt sich der Veräusserungsgewinn nicht in eine Gewinn- und eine Vermögensausschüttung zerlegen.³⁾ Der entstehende Gewinn ist somit dem normalen Körperschaftsteuersatz zu unterwerfen. Infolge dieser doppelten Belastung ist eine Aufstockung in der Regel nicht ratsam.⁴⁾

Sollen aus irgendwelchen Gründen trotzdem stille Reserven bei der Übertragerin aufgelöst werden und erstreckt sich diese Massnahme vornehmlich auf das Umlaufvermögen, so tritt die gewinnmindernde Wirkung bei der aufnehmenden Gesellschaft in der Regel bereits in dem der Verschmelzung folgenden Jahr ein.

-
- 1) Gemäss § 5 Abs.1 Satz 1 UmwStG. Stockt die Übertragerin auf, so ist bei der übernehmenden Gesellschaft nur eine Wertfortführung sinnvoll, da andernfalls Abschreibungsmöglichkeiten verlorengehen würden.
 - 2) Vgl. § 19 Abs.3 Satz 2 KStG.
 - 3) Vgl. RFH v. 14.7.1936, I A 252/35, RStBl 1936, S.970.
 - 4) Die körperschaftsteuerliche Belastung aus der Auflösung stiller Reserven beträgt bei der Übertragerin zur Zeit grundsätzlich 51%. Hierdurch wird, da Steuern vom Einkommen keine abzugsfähigen Ausgaben darstellen, der Übertragungsgewinn nicht geschmälert. Es verringert sich jedoch das übernommene Betriebsvermögen, so dass beim Übernehmer nur 49% des aus der Auflösung stiller Reserven erzielten Gewinns mit dem ermässigten Steuersatz von 20% besteuert wird. Dies entspricht, auf 100 bezogen, einer weiteren Belastung von 9,8%. Die Auflösung stiller Reserven im Zeitpunkt der Verschmelzung wird daher mit insgesamt 60,8% körperschaftsteuerlich erfasst gegenüber 51% bei ihrer Aufdeckung im Laufe der Zeit, wenn die stillen Reserven von der empfangenden Gesellschaft übernommen wurden. Hinzu tritt in beiden Fällen die Belastung durch die Gewerbebeertragsteuer.

Liegt der Schwerpunkt der Realisierung dagegen beim Anlagevermögen, so mindern sich die künftigen Gewinne der aufnehmenden Gesellschaft über eine längere Zeitspanne in geringerem Umfange.

In der Endbilanz der Übertragerin ist auch eine Bewertung mit einem Zwischenwert möglich. Die einzelnen Wirtschaftsgüter können dabei, dem Grundsatz der Einzelbewertung entsprechend, teils mit dem Buchwert, teils mit dem Teilwert oder einem Zwischenwert ausgewiesen werden. Aus diesem Grundsatz folgt ferner, dass die Übertragerin auch "gleichartige Wirtschaftsgüter wie z.B. Waren einer bestimmten Gattung oder Wertpapiere gleicher Art teils mit dem Buchwert, teils mit dem höheren Teilwert bewerten kann".¹⁾ Eine entsprechende Möglichkeit bestand bei der Frage der unterschiedlichen Bewertung gleichartiger Wertpapiere in der DM-Eröffnungsbilanz nach dem Dritten D-Markbilanzergänzungsgesetz.²⁾ Die verschieden bewerteten Wirtschaftsgüter mussten danach jedoch ausreichend gekennzeichnet und bei der Veräußerung einwandfrei bestimmbar sein. Diese Voraussetzungen sind auch für den hier vorliegenden Fall zu beachten.

Eine Aufstockung wird regelmässig insoweit vorgenommen, als die Übertragerin im letzten Geschäftsjahr mit einem Verlust abgeschlossen hat oder aber ein Verlustvortrag bisher noch nicht verrechnet wurde. Durch die Auflösung von stillen Reserven kann der Verlust ausgeglichen werden. Die erhöhten Buchwerte sind bei ihrer Fortführung durch die Übernehmerin mit dem begünstigten Tarif zu besteuern, vermindern jedoch deren künftige, dem normalen Steuersatz unterliegenden Gewinne.

Fraglich ist, ob der Verlustabzug schon bei der übertragenden Gesellschaft vorgenommen werden muss oder ob er auch noch bei der Übernehmerin geltend gemacht werden kann. Die hierfür entscheidenden steuerlichen Gesichtspunkte gelten in gleicher Weise für die Verschmelzung nach dem Körperschaft-

1) Veith-Börnstein, a.a.O., S.232.

2) Vgl. "Zweifelsfragen zum Dritten D-Markbilanzergänzungsgesetz", ohne Verfasser, in: "Der Betriebs-Berater" 1956, S.1130.

steuerrecht und nach dem Umwandlungs-Steuergesetz. Sie werden im zweiten Teil dieser Arbeit untersucht.¹⁾

II. Die Bilanzierung bei der aufnehmenden Gesellschaft

1. Allgemeine Grundlagen

Die Beteiligung der aufnehmenden Gesellschaft an der Übertragerin stellt, da Kapitalgesellschaften naturgemäss eine private Sphäre fehlt, zwangsläufig Betriebsvermögen dar. Für die hier allein interessierende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften sind mithin die Bewertungsvorschriften des § 4 Abs.1 UmwStG massgebend.²⁾ Steuerbegünstigt ist jedoch - ebenso wie bei der Bestimmung des § 15 Abs.2 KStG - nur die Übernahme der Wirtschaftsgüter in ein inländisches Betriebsvermögen.

Die Wirkungen der Verschmelzung treten erst am Schluss des Wirtschaftsjahres in Erscheinung, in das der Stichtag des Vermögensübergangs fällt. Deshalb konnten "nicht bestimmte Bilanzwerte vorgeschrieben, sondern lediglich die Ausgangswerte für die von der Kapitalgesellschaft übernommenen Wirtschaftsgüter festgelegt werden".³⁾ Nach dem Verschmelzungszeitpunkt eintretende Wertverluste sind bei der aufnehmenden Gesellschaft an Hand der allgemeinen Bewertungsvorschriften zu berücksichtigen.

Ausgangswerte sind die in der Endbilanz der Übertragerin angesetzten Werte, die im Gesetz als "Buchwerte der übernomme-

1) Vgl. unten S.115 ff.

2) § 4 Abs.2 UmwStG regelt den Fall, dass die Anteile an der Übertragerin zu einem Privatvermögen gehören.

3) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuer-gesetzes, abgedruckt bei Veith-Börnstein, a.a.O., S.383 ff., zu § 4, S.388.

nen Wirtschaftsgüter" bezeichnet werden.¹⁾ Dabei ist sogleich darauf hinzuweisen, dass hierunter keineswegs allein die sich nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden Werte zu verstehen sind, sondern ebenso die bei einer Auflösung von stillen Reserven eingestellten Teil- bzw. Zwischenwerte. Die Ausgangswerte entsprechen "den Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter im Sinne der §§ 6 ff. EStG".²⁾ Sie gelten somit als Veräußerungserlös für die Berechnung des Übernahmegewinns³⁾ und bilden gleichzeitig die Grundlage für die künftige Erfolgsermittlung der aufnehmenden Gesellschaft.

Zu den übernommenen Wirtschaftsgütern zählen auch diejenigen, die nach der Verschmelzung bei der Übernehmerin nicht mehr auszuweisen sind.⁴⁾ Es ist hier insbesondere an Schuldverhältnisse zwischen den Verschmelzungspartnern zu denken, die mit der Vermögensübernahme durch Konfusion erlöschen. Ein dabei eventuell entstehender Gewinn wird im Umwandlungs-Steuerergesetz - im Gegensatz zum Körperschaftsteuerrecht - als Übernahmeerfolg zweiter Stufe besonders behandelt.

Grundsätzlich entsteht indes ein Übernahmeerfolg als Differenzbetrag zwischen dem Buchwert der erlöschenden Anteilsrechte und den Werten, zu denen das Betriebsvermögen übernommen wird. Zunächst ist auf die Möglichkeit der Fortführung der Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter bei der aufnehmenden Gesellschaft einzugehen, wenn die Summe dieser Werte den Buchwert der Anteile übersteigt (§ 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG). Stattdessen kann in diesem Falle aber auch ein niedrigerer Wert, mindestens jedoch der Buchwert der Anteile, zugrunde gelegt werden (§ 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG). Erreichen dagegen die Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter den Buchwert der Beteiligung nicht, so wird eine Aufstockung bis zu letzterem, höchstens jedoch bis zum Teilwert der übergehenden Wirtschaftsgüter notwendig (§ 4 Abs.1 Satz 2 Umw StG).

1) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 1 Umw StG.

2) Veith-Börnstein, a.a.O., S.247.

3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.31.

4) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG.

2. Der Übernahmeerfolg bei unter den Buchwerten
der übernommenen Wirtschaftsgüter liegen-
dem Buchwert der Beteiligung

Der Buchwert der erlöschenden Anteilsrechte liegt regelmässig unter der Summe der Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter, da die von der schwindenden Gesellschaft erzielten Gewinne nach kaufmännischen Gepflogenheiten zu einem mehr oder weniger grossen Teil thesauriert werden. Bei dieser Konstellation ergeben sich verschiedene Einbuchungsmöglichkeiten, deren Auswirkung auf die Gewinnrealisierung im folgenden aufgezeigt werden soll.

Die Wertfortführung

Durch die Weiterführung der in der Endbilanz der übertragenden Gesellschaft angesetzten Werte¹⁾ wird bei der aufnehmenden Gesellschaft ein Gewinn in Höhe der Differenz zum Buchwert der schwindenden Beteiligung verwirklicht. Eine Einbuchung der übergehenden Wirtschaftsgüter mit höheren Werten ist nicht möglich. Zwar würde hierdurch auch der Übernahmegewinn entsprechend zunehmen. Doch soll die Wertbegrenzung nach oben verhindern, dass der Gewinn aus Wertzuschreibungen mit dem ermässigten Tarif des Umwandlungs-Steuergesetzes besteuert wird. Dadurch könnten die dem normalen Steuersatz unterliegenden Gewinne der Folgejahre entsprechend gemindert werden. Durch die Koppelung der Übernahmewerte mit den in der Bilanz der übertragenden Gesellschaft angesetzten Werten wird also erreicht, dass bei der aufnehmenden Gesellschaft nur insoweit Gewinne künftiger Jahre vorgezogen und mit dem ermässigten Tarif besteuert werden, als sie bei der erlöschenden Gesellschaft bereits realisiert und steuerlich erfasst wurden.

1) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG.

Abstocken auf den Buchwert der Beteiligung

Die in der Endbilanz der Übertragerin eingestellten Werte können, wenn sie insgesamt den Buchwert der untergehenden Anteilsrechte übersteigen, auch auf diesen Wert abgestockt werden.¹⁾ In diesem Falle wird bei der aufnehmenden Gesellschaft kein Gewinn verwirklicht. Da sich auch die Realisierung eines Übertragungsgewinnes vermeiden lässt,²⁾ ist eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes ohne jede steuerliche Belastung möglich. Ob eine solche Lösung indes empfehlenswert ist, kann fraglich sein. Durch das "Zusammenschneiden"³⁾ auf den Buchwert der Anteilsrechte werden stille Reserven in den übernommenen Wirtschaftsgütern gelegt, die bei ihrer Aufdeckung in den Folgejahren mit dem vollen Steuersatz erfasst werden. Dagegen unterliegt bei einer Wertfortführung der im Verschmelzungszeitpunkt entstehende Übernahmegewinn lediglich dem begünstigten Satz.

Allgemein gesehen, wird es darauf ankommen, wann die durch eine Abstockung neu gelegten stillen Reserven aufgedeckt werden. Entscheidend ist somit, ob ein Zusammenschneiden der einzelnen Bilanzpositionen des Anlage- und Umlaufvermögens gleichmässig vorzunehmen ist oder "gezielt" erfolgen kann, da sich im letzteren Falle der Zeitpunkt der Realisierung beeinflussen lässt. Dieses Problem tritt in gleicher Weise bei der Aufstockung der Ausgangswerte und dem Ansatz von Zwischenwerten auf. Es wird daher in einem besonderen Abschnitt behandelt.⁴⁾

Der Ansatz von Zwischenwerten

An Stelle einer Wertfortführung oder der Abstockung auf den Buchwert der schwindenden Anteilsrechte kann das übernommene Betriebsvermögen auch mit Zwischenwerten bilanziert werden. Das Ausmass der Gewinnrealisierung lässt sich innerhalb dieser Grenzen variieren. Würde durch die Fortführung der Buch-

1) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG.

2) Vgl. § 3 UmwStG.

3) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuergesetzes, a.a.O., zu § 4, S.390.

4) Vgl. unten S.85 ff.

werte der übernommenen Wirtschaftsgüter ein hoher Übernahme-
gewinn entstehen, so besteht also die Möglichkeit, einen Mit-
telweg zu beschreiten. Allerdings kann in diesem Falle der er-
mäßigte Tarif nicht angewendet werden. Vielmehr ist lediglich
die Bildung einer den steuerlichen Gewinn mindernden Rücklage
vorgesehen.¹⁾ Diese Regelung ist unbillig, wenn der Buchwert
der erlöschenden Beteiligung so niedrig ist, dass sich eine
Abstockung hierauf nicht durchführen lässt. Man denke vor al-
lem daran, dass im Übernahmevermögen hohe liquide Mittel ent-
halten sind, bei denen eine Legung stiller Reserven nicht in
Frage kommt. Hier wird daher nicht selten allein eine Wertfort-
führung übrig bleiben.

Die einzelnen Möglichkeiten an Hand eines Zahlenbeispiels

Um die aufgezeigten Zusammenhänge zu konkretisieren, sol-
len an Hand des bereits bei der Körperschaftsteuerlichen Ver-
schmelzung verwendeten Zahlenbeispiels die verschiedenen Be-
wertungsmöglichkeiten des Umwandlungs-Steuergesetzes dargelegt
werden.

	DM (in Tausend)
Übertragende Gesellschaft	
Buchwerte der übergehenden Wirt- schaftsgüter insgesamt	40
Teilwerte der übergehenden Wirt- schaftsgüter insgesamt	100
Aufnehmende Gesellschaft	
Buchwert der untergehenden Betei- ligung	1
Teilwert der untergehenden Betei- ligung	100

) Vgl. § 5 Abs.1 UmwStG.

Wertfortführung gemäss § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG

Gewinnverwirklichung im Zeitpunkt der Verschmelzung:	DM (in Tausend)	DM (in Tausend)
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	40	
Buchwert der untergehenden Beteiligung	<u>1</u>	39
Gewinnverwirklichung im Laufe der Jahre nach allgemeinen Grundsätzen:		
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	100	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	<u>40</u>	<u>60</u>
Gewinnverwirklichung insgesamt		<u>99</u> =====

Abstockung auf den Buchwert der Beteiligung bzw. auf
einen Zwischenwert gemäss § 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG

Gewinnverwirklichung im Zeitpunkt der Verschmelzung:	DM (in Tausend)	DM (in Tausend)
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	1 bis 40	
Buchwert der untergehenden Beteiligung	<u>1</u>	0 bis 39
Gewinnverwirklichung im Laufe der Jahre nach allgemeinen Grundsätzen:		
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	100	
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter	<u>1 bis 40</u>	<u>99 bis 60</u>
Gewinnverwirklichung insgesamt		<u>99</u> =====

Bei der Sicherstellung der Besteuerung nach körperschaftsteuerlichen Grundsätzen werden im Verschmelzungszeitpunkt 99 000 DM und im Laufe der Zeit weitere 60 000 DM, d.h. insgesamt 159 000 DM Gewinn realisiert.¹⁾ Dieser Gesamtbetrag ermässigt sich, falls die Erleichterungen des Umwandlungs-Steuer-gesetzes in Anspruch genommen werden, im vorliegenden Beispiel auf 99 000 DM. Die verschiedenen Bewertungsmöglichkeiten beeinflussen dabei, wie das zuletzt angeführte Beispiel deutlich erkennen lässt, wohl den Zeitpunkt, nicht aber den Umfang der Realisierung.

3. Der Übernahmeerfolg bei über den Buchwerten der übernommenen Wirtschaftsgüter liegendem Buchwert der Beteiligung

Der Zwang zur Wertaufstockung

Erreichen die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter den Buchwert der untergehenden Beteiligung nicht, so würde bei einer Wertfortführung ein Übernahmeverlust entstehen. Dieser wird steuerlich nur insoweit anerkannt, als das übernommene Betriebsvermögen keine stillen Reserven enthält. Andernfalls ist ihre Aufdeckung bis zum Buchwert der Beteiligung, höchstens jedoch bis zu den Teilwerten der einzelnen Wirtschaftsgüter zum Zwecke des Verlustausgleichs zwingend vorgeschrieben.²⁾ Die materielle Berechtigung dieser Regelung folgt daraus, dass es sich bei diesem Verlust lediglich um einen Scheinverlust handelt, der durch den Verzicht auf eine Auflösung der stillen Reserven bei der Übertragerin entsteht.³⁾ Eine Auswirkung auf die Endbilanz der Übertragerin ist hiermit nicht verbunden.

1) Vgl. oben S.65 und 67.

2) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG.

3) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuer-gesetzes, a.a.O., zu § 4, S.389.

Der Ausweis eines Verlustes

Die übernommenen Wirtschaftsgüter können kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung höchstens mit dem Teilwert angesetzt werden.¹⁾ Bei einem höheren Buchwert der Beteiligung entsteht damit zwangsläufig auch steuerlich ein Übernahmeverlust. Dieser ist nach Auffassung der Finanzverwaltung "durch den Ansatz eines Geschäfts- oder Firmenwerts auszufüllen, sofern nicht nachgewiesen wird, dass ein solcher nicht besteht".²⁾

Nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen ist ein im Wert der untergehenden Anteilsrechte zum Ausdruck kommender Firmenwert der Übertragerin bei der aufnehmenden Gesellschaft zu aktivieren. Nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes wird eine Aktivierung jedoch nicht verlangt, wenn die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter den Buchwert der Beteiligung überschreiten. In diesem Falle liegen die einzelnen Bewertungsmöglichkeiten fest. Es fragt sich aber, ob in den Fällen der Aufstockung der Buchwerte nach § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG ein Geschäftswert anzusetzen ist. Sind unter der "Gesamtheit der übernommenen Wirtschaftsgüter" alle Wirtschaftsgüter zu verstehen, d.h. auch die in der Endbilanz der Übertragerin nicht ausgewiesenen,³⁾ so gehört dazu auch ein Firmenwert der Übertragerin. Diese Annahme steht indes im Widerspruch zu der gesetzlichen Forderung, dass für die "Gesamtheit der übernommenen Wirtschaftsgüter" höchstens die Summe der Teilwerte der "übernommenen Wirtschaftsgüter" massgebend ist.⁴⁾ Hierfür sind die in der Endbilanz der übertragenden Gesellschaft ausgewiesenen Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter heraufzuschreiben,⁵⁾

1) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG.

2) Vgl. Erlass des Finanzministers des Landes Nordrhein-Westfalen betr. Zweifelsfragen zum Umwandlungs-Steuergesetz vom 25.6.1959, S.1939 - 1949/59 V B-1, BStBl 1959 II, S.77 ff. (S.79). Diese Stellungnahme erfolgte im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den Finanzministern der übrigen Länder.

3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.45 und Anm.107. - Veith-Börnstein, a.a.O., S.251/252 und S.268.

4) § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG, letzter Halbsatz.

5) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuergesetzes, a.a.O., zu § 4, S.389.

worunter auch die Vertreter der Aktivierung eines Firmenwerts im Falle der Aufstockung nur die in der Endbilanz ausgewiesenen Wirtschaftsgüter verstehen.¹⁾ Daher braucht ein Firmenwert zur Verringerung eines Verlustes nicht eingestellt zu werden. Aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, nach der ein originärer Firmenwert in der Endbilanz der Übertragerin nicht auszuweisen ist, auch für die aufnehmende Gesellschaft eine entsprechende Lösung abzuleiten,²⁾ ist nicht möglich.³⁾

Die Regelung an Hand eines Zahlenbeispiels

Um die Bewertung für den Fall aufzuzeigen, dass der Buchwert des übernommenen Betriebsvermögens den der schwindenden Beteiligung unterschreitet, ist das bisher verwendete Zahlenbeispiel abzuwandeln. Der Teilwert des übernommenen Betriebsvermögens wird dabei höher (Fall 1) und niedriger (Fall 2) als der Buchwert der Beteiligung angenommen.

	Fall 1 DM (in Tausend)	Fall 2 DM (in Tausend)
Übertragende Gesellschaft		
Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt	40	40
Teilwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter insgesamt	100	42
Aufnehmende Gesellschaft		
Buchwert der untergehenden Beteiligung	45	45
Teilwert der untergehenden Beteiligung	100	42

Der sich im Fall 1 bei einer Fortführung der Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter ergebende Verlust von

-
- 1) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.39. - Veith-Börnstein, a.a.O., S.252 (Anm.26).
2) So Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.593/594, die sich diesbezüglich auch auf eine Besprechung mit Vertretern des Bundesfinanzministeriums berufen. - Anderer Meinung Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.106.
3) Vgl. oben S.59.

5 000 DM muss nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes durch Wertaufstockung ausgeglichen werden, nachdem der Teilwert der übergehenden Wirtschaftsgüter den Buchwert der schwindenden Anteilsrechte übersteigt. Im Verschmelzungszeitpunkt findet somit lediglich eine erfolgsneutrale Vermögensumschichtung statt, während sich die stillen Reserven in den übernommenen Wirtschaftsgütern in Höhe von 55 000 DM nach allgemeinen Realisierungsgrundsätzen im Laufe der Zeit auflösen.

Erreicht der Teilwert der übergehenden Wirtschaftsgüter wie in Fall 2 den Buchwert der schwindenden Beteiligung nicht, so ist nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes ein Verlust von 3 000 DM auszuweisen.

4. Das Problem der Wertauf- und Wertabstockung im besonderen

Im Umwandlungs-Steuergesetz sind für den Fall der Wertauf- und Wertabstockung bei der Übernehmerin lediglich die Wertgrenzen für die "Gesamtheit der übernommenen Wirtschaftsgüter",¹⁾ d.h. "Kollektivwerte",²⁾ festgelegt. Ob der Wert der einzelnen Vermögensteile dabei gleichmässig zu verändern ist oder unterschiedlich verändert werden kann, ist nicht näher geregelt. Es sind deshalb hierfür die allgemeinen Grundsätze des Bilanzsteuerrechts massgebend.

Bei der übertragenden Gesellschaft konnten die Vermögensgegenstände nach dem Prinzip der Einzelbewertung teils mit den sich nach den steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden Buchwerten, teils mit den höheren Teilwerten oder mit Zwischenwerten angesetzt werden. Daher wurde auch bei der Übernehmerin "eine gezielte, je nach Zweckmässigkeit verschiedenen durchgeführte Auf- oder Abstockung, erstere im Rahmen des Teilwerts, als zulässig angesehen".³⁾ Im Gegensatz zu der Wert-

1) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 2 und 3 UmwStG.

2) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.44.

3) Haver, a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.889. Eben-

zuschreibung bei der Übertragerin liegt jedoch der Wertauf- bzw. Wertabstockung bei der aufnehmenden Gesellschaft eine Vermögensübernahme zugrunde. Infolgedessen ist - von der durch Gesetz geschaffenen Möglichkeit einer Fortführung der Buchwerte der untergehenden Gesellschaft abgesehen - ein Gesamtanschaffungspreis¹⁾ gegeben. Dieser muss nach generellen steuerlichen Prinzipien auf die einzelnen übernommenen Wirtschaftsgüter so verteilt werden, wie ein ordentlicher Kaufmann die Vermögensgegenstände in seine Buchführung übernehmen würde; die Einbuchungswerte sind demnach grundsätzlich unter gleichmässiger Verteilung der stillen Reserven anzusetzen.²⁾ In diesem Zusammenhang wurde auch auf das analoge Problem bei der Abfindung eines aus einer Kapitalgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters hingewiesen, der eine über den Nennwert seines Kapitalkontos hinausgehende Abfindung erhält.³⁾ Der Mehrbetrag der Abfindung ist danach bei den verbleibenden Gesellschaftern ebenfalls gleichmässig zu aktivieren, da weder die Finanzverwaltung noch der Steuerpflichtige eine der jeweiligen Interessenlage entsprechende Lösung verlangen kann.^{4) 5)} Andernfalls könnte z.B. durch das Zusammenschneiden der Wertansätze für Betriebsgrundstücke die Realisierung bis zur Betriebsaufgabe hinausgeschoben werden.

Gegen eine gleichmässige Verteilung der stillen Reserven wurde eingewendet, einzelne Bilanzposten, im besonderen flüssige Mittel, seien einer Auf- oder Abstockung schon ihrem Wesen nach nicht zugänglich, und auch bei den übrigen Wirtschaftsgütern könne nie stärker abgestockt werden als bei dem am we-

- so Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.588, unter Verweisung auf S.502 (Tz 168).
1) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.258 und 261.
2) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.262. Ebenso Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.30.
3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.76.
4) Vgl. RFH v. 14.1.1942, VI 129/41, RStBl 1942, S.314 f.(S.315).
5) Durch die gleichmässige Aufstockung darf sich jedoch keine Überschreitung des Teilwerts ergeben. Vgl. Köhler, W., "Probleme des Umwandlungs-Steuerrechts", Düsseldorf 1959, S.19.

nigsten abstockungsfähigen Wirtschaftsgut. "Wenn also auch nur ein Bilanzposten mit einem Erinnerungswert ausgewiesen ist, wäre eine Abstockung überhaupt nicht zulässig."¹⁾ Diese Auffassung ist überspitzt, da auch der Ausweis von Erinnerungsposten nicht verhindern würde, "dass die Buchwerte der übrigen Bilanzposten gleichmässig abgestockt werden".²⁾ Trotzdem lässt sich diese Möglichkeit, da bei einzelnen Wirtschaftsgütern, wie Kassenbestand, Bankguthaben usw., weder stille Reserven gebildet noch aufgelöst werden können, nicht konsequent durchführen. Insoweit wurde daher im Zeitpunkt der Verschmelzung eine Gewinnrealisierung verlangt.³⁾ In Anlehnung an die höchst-richterliche Rechtsprechung werden jedoch im Schrifttum gegen eine Beschränkung der gleichmässigen Bildung von stillen Reserven auf Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens keine Einwendungen erhoben.⁴⁾ Für diese Lösung spricht, dass ein Grossteil der im Umlaufvermögen gelegten stillen Reserven, der relativ hohen Umsatzgeschwindigkeit entsprechend, bereits in dem auf die Verschmelzung folgenden Rechnungszeitraum aufgelöst würde, ohne dass - wie bei der Realisierung im Verschmelzungszeitpunkt - der begünstigte Steuersatz zugrunde gelegt werden könnte. In diesem Falle würde mit der einen Hand das genommen, was mit der anderen kurz zuvor gegeben wurde.

Für die Aufstockung gemäss § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG gelten die dargelegten Grundsätze entsprechend. Erreicht indes der Teilwert der übernommenen Wirtschaftsgüter den Buchwert der schwindenden Anteilsrechte nicht, dann ist sowohl das Anlage- als auch das Umlaufvermögen heraufzuschreiben. Dass im Umlaufvermögen in der Regel stille Reserven in nennenswertem Umfang nicht enthalten sind, ist eine andere Frage.

Umstritten ist, ob man bei der gleichmässigen Verteilung der stillen Reserven auch dann von den Buchwerten der Endbi-

-
- 1) Haver, a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.889.
 - 2) Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.79.
 - 3) Thiel, R., a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.30.
 - 4) Vgl. RFH v. 23.3.1938, VI 704/37, RStBl 1938, S.639 f. (S.640). - Veith-Börnstein, a.a.O., S.263. - Hohrmann-Kau, a.a.O., § 4 Anm.75.

lanz der Übertragerin auszugehen hat, wenn einzelne Wirtschaftsgüter z.B. durch Sonderabschreibungen gegenüber anderen stark unterbewertet sind. Auf der einen Seite wird geltend gemacht, die Buchwerte der Endbilanz seien unmassgeblich, da sie als Ausgangswerte gemäss § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG nicht auch für die in Satz 2 und 3 vorgeschriebenen Ausgangswerte Geltung besässen.¹⁾ Für die Abstockung sei dies "aus dem Wortlaut des § 4 Abs.1 Satz 3 zu ersehen, worin es heisst, dass der Ausgangswert des Satzes 3 'an Stelle' des sich nach Satz 1 ergebenden Werts tritt".²⁾ Danach wären nicht nur die durch die Abstockung zu bildenden, sondern auch die bereits in den Buchwerten der Endbilanz enthaltenen stillen Reserven gleichmässig aufzuteilen. Andererseits wird darauf hingewiesen, die übernommenen Wirtschaftsgüter seien, obwohl die Verschmelzung für die empfangende Gesellschaft eine "Anschaffung" bedeutet, nicht völlig neu zu bewerten; die abgestockten Werte würden vielmehr an die Stelle der in der Endbilanz angesetzten Buchwerte treten, so dass auch von letzteren auszugehen sei. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da nach § 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG lediglich die in dem Buchwert der Anteile enthaltenen stillen Reserven auf die übernommenen Wirtschaftsgüter zusätzlich zu den bei diesen bereits vorhandenen stillen Reserven übertragen werden sollen.³⁾ Bemerkenswerterweise wird die gegenteilige Ansicht für die Aufstockung auf den Buchwert der Beteiligung bei höheren Teilwerten der übergehenden Wirtschaftsgüter nicht vertreten.⁴⁾

1) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.259

2) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.265.

3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.79.

4) So gehen Veith-Börnstein, a.a.O., S.259, bei der Aufstockung nach § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG auf dieses Problem nicht weiter ein, während sie es bei der Abstockung nach § 4 Abs.1 Satz 3 ausführlich behandeln (S.265 ff.).

III. Der Massgeblichkeitsgrundsatz und die Bewertung nach dem Umwandlungs- Steuergesetz

Im Gegensatz zu der aktienrechtlichen Regelung kann nach dem Umwandlungsgesetz das Vermögen in der Endbilanz der Übertragerin auch über den Anschaffungs- oder Herstellungskosten ausgewiesen werden. Steuerlich besteht ein Wahlrecht, entweder die sich nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden Werte oder aber höhere Werte bis zum Teilwert als Höchstgrenze anzusetzen. Daher ist eine Aufstockung auch handelsrechtlich vorzunehmen, wenn sie steuerlich wirksam sein soll.¹⁾ Umgekehrt muss die Realisierung von stillen Reserven in der Handelsbilanz auch eine entsprechende Auflösung stiller Reserven in der Steuerbilanz im Gefolge haben. Somit ist hier eine Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz gegeben.

Das Umwandlungsgesetz kennt - im Gegensatz zum Aktienrecht - keine Bindung zwischen den Wertansätzen der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft. Da steuerlich die in der Endbilanz der Übertragerin ausgewiesenen Werte wahlweise fortgeführt oder abgestockt werden können, ist auch hier der Grundsatz der Massgeblichkeit gültig.²⁾ Ausgenommen ist jedoch die steuerlich zwingend vorgeschriebene Aufstockung in dem Falle, dass die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter den Buchwert der Beteiligung unterschreiten.

1) Vgl. RFH v. 22.11.1938, I 364/38, RStBl 1939, S.356; RFH v. 31.1.1939, I 172/38, RStBl 1939, S.466.
2) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.82.

D. Gegenüberstellung der Bilanzierungsgrundsätze
nach Körperschaftsteuerrecht und
Umwandlungs-Steuergesetz

I. Verlagerung der Realisierung im Körper-
schaftsteuerrecht, Verzicht auf die
Realisierung im Umwandlungs-
Steuergesetz

Gemäss § 15 Abs.2 KStG scheidet der Übertragungsgewinn von der Besteuerung insoweit aus, als seine spätere Erfassung sichergestellt ist. Die Untersuchung dieser Voraussetzung für die verschiedenen Arten der Gegenleistung - junge Aktien, Beteiligungsrechte an der Übertragerin und eigene Aktien - bildet das Zentralproblem der körperschaftsteuerlichen Bilanzierungsgrundsätze. Dabei handelt es sich nicht um einen Verzicht auf die Besteuerung, sondern lediglich um ihre Verlagerung auf die übernehmende Gesellschaft. Die bei dieser anzuwendenden Bewertungsprinzipien sind daher für die Frage der Sicherstellung der Besteuerung von ausschlaggebender Bedeutung.

Im Falle der Hingabe von jungen Aktien ist bei der Übernehmerin eine Vermögensmehrung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, d.h. eine erfolgsneutrale Einlage, gegeben. Durch die Fortführung der sich nach den laufenden Gewinnermittlungs-vorschriften ergebenden Buchwerte können die stillen Reserven der Übertragerin auf die aufnehmende Gesellschaft überführt werden und dort zur Versteuerung gelangen.

Dagegen ist bei der Aufgabe von Beteiligungsrechten an der Übertragerin und der Gewährung von eigenen Aktien eine Sicherstellung der Besteuerung allein durch Wertfortführung nicht möglich. Die in den genannten Anteilsrechten enthaltenen stil-

len Reserven unterliegen vielmehr bereits nach allgemeinen Grundsätzen der Besteuerung. Da eine wirtschaftliche Nämlichkeit mit dem übernommenen Betriebsvermögen nicht vorliegt, entfällt zudem ein Ansatz zum bisherigen Buchwert der Anteilsrechte nach Tauschgrundsätzen. Eine Sicherstellung der Besteuerung kann jedoch über die erfolgsneutrale Einstellung eines Passivpostens oder die Aktivierung eines Kapitalberichtigungspostens erreicht werden. Danach sind grundsätzlich die in den untergehenden Beteiligungsrechten oder eigenen Aktien ruhenden stillen Reserven im Verschmelzungszeitpunkt zu realisieren. Die stillen Reserven in den übergehenden Wirtschaftsgütern dagegen werden entweder durch die Auflösung des Passivpostens oder beim Ansatz zum Buchwert unter Aktivierung eines Kapitalberichtigungspostens nach allgemeinen Prinzipien aufgedeckt.

Im Gegensatz hierzu sind im Umwandlungs-Steuer-gesetz die Bewertungsmöglichkeiten positiv geregelt. Danach können die übergehenden Wirtschaftsgüter in der Endbilanz der Über-trägerin zu den sich nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften ergebenden bisherigen Buchwerten angesetzt werden. Auf eine spätere steuerliche Erfassung der in den übergehenden Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven wird bewusst verzichtet. Jedoch ist zu beachten, dass diese Möglichkeit zeitlich durch die befristete Geltungsdauer des Umwandlungs-Steuer-gesetzes und sachlich durch die Voraussetzung einer Beteiligung von mehr als 75% an der Über-trägerin eingeschränkt wird.

Generellen Grundsätzen entsprechend, können die Wirtschaftsgüter in der Endbilanz der Über-trägerin aber auch mit dem Teilwert als oberer Grenze bewertet werden. Eine Wertaufstockung ist indes für den Steuerpflichtigen regelmässig nicht interessant, da die aufgedeckten stillen Reserven - obwohl bei einer Wertfortführung durch die Über-nehmerin der steuerlich ermässigte Tarif in Anspruch genommen werden kann - bei der Über-trägerin dem allgemeinen Steuersatz unterliegen. Eine Ausnahme besteht lediglich, wenn ein Verlustabzug ausgenutzt werden soll. Nach den Bestimmungen des Umwandlungs-Steuer-gesetzes sowie bei einer teilweisen Sicherstellung der Besteuerung nach kör-per-

schaftsteuerlichen Grundsätzen ist auch ein Ansatz von Zwischenwerten möglich.

Für die aufnehmende Gesellschaft sind im Umwandlungs-Steuer-gesetz bestimmte Bewertungswahlrechte vorgesehen. Sie kann das übernommene Betriebsvermögen insgesamt mit dem Buchwert der schwindenden Anteilsrechte bewerten. Werden die in der Endbilanz der Übertragerin angesetzten Buchwerte als Höchstwerte fortgeführt, so ist der hierdurch entstehende Übernahmegewinn tariflich begünstigt. Diese Erleichterung entfällt allerdings beim Ansatz von Zwischenwerten. Der Ausweis eines Verlustes wird steuerlich nur anerkannt, wenn die Teilwerte des übernommenen Betriebsvermögens den Buchwert der erlöschenden Beteiligung unterschreiten.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass die Ansicht, es handle sich bei den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes "weniger um Neuregelungen als um Klarstellungen im Zusammenhang mit dem geltenden allgemeinen Umwandlungsteuerrecht",¹⁾ nicht haltbar ist. Dass das Umwandlungs-Steuergesetz eine Neuregelung gebracht hat, wird zudem an seiner zeitlichen Befristung deutlich, die andernfalls nicht sinnvoll wäre. Darüber hinaus ist für die Ermittlung des Übertragungserfolgs ausdrücklich die allgemeine Regelung in § 15 KStG - und zwar im ganzen Umfange - für nicht anwendbar erklärt. Darin ist gleichzeitig eine Bestätigung der hier im Hinblick auf die Sicherstellung der Besteuerung vertretenen Auffassung zu sehen. Wäre diese entscheidende Voraussetzung der Vorschrift des § 15 Abs.2 KStG, die ohnehin ausschliesslich für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und nicht für die Übertragung des Betriebsvermögens auf Personengesellschaften gilt, allein durch eine Wert-

1) Vgl. Brönnner, H., "Umwandlungs-Steuergesetz", a.a.O., Anm. 120. Da diese Aussage nicht für die durch § 15 Abs.2 KStG besonders geregelte Verschmelzung von Kapitalgesellschaften zutrifft, kann sie ebensowenig für die hier nicht näher zu behandelnde Vermögensübernahme durch ein Personenunternehmen gelten. Denn dafür ist schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 15 Abs.1 KStG die Auflösung der stillen Reserven der Übertragerin unvermeidlich.

fortführung zu erreichen, so hätte im Umwandlungs-Steuergesetz lediglich § 15 Abs.1 KStG ausgeschlossen zu werden brauchen. Nur bei dieser Sachlage könnte von einer Klarstellung der allgemeinen Regelung gesprochen werden.

II. Kritische Würdigung

Zum Abschluss dieser Untersuchungen stellt sich - nachdem die Erleichterungen des Umwandlungs-Steuergesetzes bereits nicht mehr angewendet werden können - insbesondere die Frage, ob die steuerliche Behandlung der Verschmelzung nach allgemeinen Grundsätzen den berechtigten Forderungen der Wirtschaft Rechnung trägt. Eine Antwort hierauf ist besonders schwierig, weil nicht nur die Interessengegensätze zwischen dem Steuerpflichtigen und dem Fiskus abzuwägen sind, sondern auch wirtschaftspolitische Momente und darüber hinaus Fragen der Wirtschaftsordnung eine Rolle spielen.

Bis vor wenigen Jahren wurde die Sicherstellung der Besteuerung in analoger Anwendung der aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften im Falle der Wertfortführung als gewährleistet angesehen. Dass diese Voraussetzung lediglich über die Einstellung eines Passiv- oder die Aktivierung eines Kapitalberichtigungspostens erreicht werden kann, ist bereits dargelegt worden. Die sich hieraus ergebende erhöhte Steuerbelastung hemmt jedoch die freie Wahl der betriebswirtschaftlich zweckmässigsten Unternehmungsform. Die Folge hiervon ist, dass auch die Steuereinnahmen entsprechend zurückgehen. Eine hohe steuerliche Belastung des Vermögensübergangs wird damit im Grunde weder den Interessen des Steuerpflichtigen noch denen des Fiskus gerecht.

Ob eine Neuordnung des allgemeinen steuerlichen Verschmelzungsrechts notwendig ist, muss auch unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten geprüft werden. Im Zusammenhang mit dem

gerade in der letzten Zeit in den Vordergrund der wirtschaftlichen Auseinandersetzungen gerückten Problem der Konzentration liegt der Gedanke nahe, eine steuerliche Erleichterung der Verschmelzung stehe im Widerspruch zu der angestrebten Vermeidung von Machtzusammenballungen in der Wirtschaft. Eine Aussage in dieser Allgemeingültigkeit lässt sich indes nicht aufrecht erhalten. Konzentrationsbewegungen, zu denen neben anderen Vorgängen auch die Verschmelzung zählt, sind nach derzeit massgeblicher Auffassung in der Bundesrepublik keineswegs generell als "wirtschafts- und gesellschaftspolitisch unerwünscht" anzusehen, sondern sogar zu begrüßen, "wenn dadurch ein Unternehmen erst die Grundlage für eine dauerhafte Leistungsfähigkeit erlangt". Abgelehnt werden lediglich Konzentrationen, die über die Entstehung von Monopolen und Oligopolen das Funktionieren des marktwirtschaftlichen Prozesses beeinträchtigen.¹⁾ Durch steuerrechtliche Bestimmungen eine Grenze zwischen einem Missbrauch wirtschaftlicher Macht und einer förderungswürdigen bzw. hinzunehmenden Konzentration ziehen zu wollen, hiesse das Steuerrecht überfordern. Grundsätzliche Bedenken gegen eine Neuregelung des steuerlichen Verschmelzungsrechts in dem Sinne, dass von der augenblicklich bestehenden prohibitiven Belastung des Vermögensübergangs abgerückt wird, liegen deshalb nicht vor. Der Wirtschaft würde damit letztlich die Freizügigkeit in der Gestaltung der unternehmerischen Betätigung gewährt.

Als Grundlage einer Neuordnung kann die im Umwandlungs-Steuergesetz verwendete Konzeption dienen. Wird doch hier den wirtschaftlichen Gegebenheiten besser Rechnung getragen als bei der Anwendung allgemeiner steuerlicher Grundsätze. In dem Verzicht auf die Realisierung der stillen Reserven der Übertragerin und der grundsätzlichen Wertfortführung bei der aufnehmenden Gesellschaft kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass das erlöschende Unternehmen in der entstehenden Gesamtunternehmung weiterbesteht. Die Übernahme des im Umwandlungs-Steuergesetz vorge-

1) Antwort von Bundeswirtschaftsminister Erhard auf eine Grosse Anfrage zur Wirtschaftskonzentration vor dem Bundestag am 15.10.1959. Vgl. Bericht in: "Frankfurter Allgemeine" vom 16.10.1959, S.1 und 3 (S.1).

sehenen Tarifs sowie die Bildung von gewinnmindernden Rücklagen in das allgemeine Verschmelzungsrecht kann indes nicht gefordert werden. Durch die Neufassung sollen keinesfalls Anreize zur Verschmelzung geschaffen, sondern lediglich wirtschaftlich gebotene Zusammenschlüsse ermöglicht werden.

Die Anwendung der Erleichterungen des Umwandlungs-Steuer-gesetzes hängt von der Höhe der Beteiligung an der übertragen-den Gesellschaft ab. Zwar ist diese Voraussetzung einer mehr als 75%igen Beteiligung handelsrechtlich sinnvoll und sogar notwendig, da das Vermögen der untergehenden Gesellschaft nicht auf die zustimmenden Gesellschafter, sondern auf den Haupt- bzw. Alleingesellschafter übergeht. Doch ist nicht einzusehen, warum steuerlich die Höhe der Beteiligung für den Eintritt einer Ge-winnverwirklichung massgebend sein soll. Der Wegfall dieser ein-schränkenden Voraussetzung bei einer Übernahme der Bewertungs-regelung des Umwandlungs-Steuer-gesetzes in das allgemeine Ver-schmelzungsrecht wäre daher zu begrüßen.

Z w e i t e r T e i l

Besondere Probleme der Bilanzierung

Die sich anlässlich der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ergebenden Einzelfragen stehen zwar untereinander nicht in einer unmittelbaren Beziehung, doch sind sie - von gesetzlichen Sonderregelungen abgesehen - jeweils aus den gewonnenen grundlegenden Erkenntnissen heraus zu würdigen. Dabei werden auch hier die Verhältnisse bei der Verschmelzung nach dem Körperschaftsteuerrecht und dem Umwandlungs-Steuergesetz gegenübergestellt.

I. Sonderfälle der Gegenleistung

Grundsätzlich kommen als Gegenleistung für die Übernahme des Betriebsvermögens die Gewährung von jungen und eigenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft sowie die Aufgabe von Beteiligungsrechten an der Übertragerin in Frage. Befinden sich jedoch Anteilsrechte der aufnehmenden Gesellschaft im Besitz der Übertragerin, so kann diese hiermit ihre Gesellschafter abfinden. Hält sie eigene Anteile in Händen, so erübrigt sich insoweit die Hingabe einer Gegenleistung. Daher können eigene Anteile der Übertragerin sowie in ihrem Besitz befindliche Beteiligungsrechte an der Übernehmerin indirekt ebenfalls als Gegenleistung angesprochen werden. In der Praxis werden häufig verschiedenartige Gegenleistungen gleichzeitig gewährt.

1. Anteilsrechte der aufnehmenden Gesellschaft in Händen der Übertragerin

Gehen Anteilsrechte an der Übernehmerin auf diese im Zuge der Verschmelzung gegen Gewährung junger Aktien über, so wäre an sich die Sicherstellung der Besteuerung durch Fortführung der bisherigen Buchwerte gegeben. Mit der Übernahme entstehen jedoch eigene Anteile, die im Wege einer Kapitalherabsetzung steuerlich erfolgsneutral eingezogen werden können.¹⁾ Es fragt sich daher, ob auch hier eine Sicherstellung der Besteuerung vorliegt oder ob bei der Übertragerin insoweit trotz der Hingabe junger Aktien realisiert werden muss. Hierfür spricht die Überlegung, dass der genannte Vorgang eine Kapitalerhöhung zum Erwerb eigener Anteile darstellt. Diese ist somit "zum mindesten wirtschaftlich erst mit der Weiterveräusserung der erworbenen eigenen Anteile als durchgeführt zu betrachten".²⁾ Die Ausgabe von jungen Aktien wäre mithin insoweit als körperschaftsteuerlich irrelevant anzusehen. Die Steuervergünstigung des § 15 Abs.2 KStG aus diesem Grunde zu versagen, erscheint indes unbillig, da die Sicherstellung der Besteuerung auch im Falle der Einziehung der eigenen Aktien über die steuerliche Erfassung des nach allgemeinen Grundsätzen erfolgsneutral entstehenden Gewinns gewährleistet werden kann.

Bei der Hingabe junger Aktien brauchen die Beteiligungsrechte an der Übernehmerin nicht auf diese überzugehen. Sie können vielmehr auch v o r der Verschmelzung von der Übertragerin zur Abfindung ihrer Gesellschafter verwendet werden. In diesem Falle findet ein Tausch von Anteilsrechten statt, für den die bereits dargelegten Grundsätze gelten. Die Wert-, Art- und Funktionsgleichheit als Voraussetzung für eine wirtschaftliche Nämlichkeit wird dabei regelmässig gegeben sein, so dass eine Gewinnverwirklichung nicht eintritt. Die beiden dargelegten Möglichkeiten

1) Vgl. RFH v.19.12.1933, I A 143/33, RStBl 1934, S.436 ff. (S.438).

2) RFH v.13.2.1935, I A 217/34, RStBl 1935, S.773 f. (S.774).

führen damit zum gleichen Ergebnis.

Bestehen gegenseitige Beteiligungsverhältnisse zwischen der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft, so liegt insoweit der Verschmelzung ebenfalls ein Tausch von Anteilsrechten zugrunde. Hierbei kann zwar im allgemeinen eine Wert- und Artgleichheit angenommen werden. Da jedoch die von der aufnehmenden Gesellschaft hingegebenen Anteile an der Übertragerin im Augenblick der Verschmelzung untergehen, wird die Funktionsgleichheit der ausgetauschten Anteilsrechte zu verneinen sein.¹⁾ Die Bedingung der Sicherstellung der Besteuerung ist daher - ebenso wie für die übrigen Wirtschaftsgüter - auch für die übergehenden Beteiligungsrechte an der aufnehmenden Gesellschaft, die hier zu eigenen Anteilen werden, zu erfüllen.

Im Gegensatz dazu können bei der Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes für die Anteilsrechte an der aufnehmenden Gesellschaft die verschiedenen Bewertungswahlrechte in Anspruch genommen werden. Demnach ist bei der Übernehmerin insbesondere eine Fortführung der bisherigen Buchwerte ohne weiteres möglich.

Der Fall, dass für Anteilsrechte an der aufnehmenden Gesellschaft von dieser eigene Aktien hingegeben werden, stellt wirtschaftlich eine Abfindung der Gesellschafter der Übertragerin mit Anteilen der Übernehmerin dar. Die übertragende Gesellschaft erhält dabei eigene Anteile. Ihre steuerliche Behandlung anlässlich der Verschmelzung ist nunmehr unabhängig von der hier vorliegenden Konstellation aufzuzeigen.

2. Eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft

Nach körperschaftsteuerlichen Grundsätzen ist zur Ermittlung des Übertragungsgewinns dem Endvermögen der schwindenden Gesellschaft das Anfangsvermögen gegenüberzustellen, d.h. das

1) Vgl. RFH v.27.10.1942, I 17/42, RStBl 1942, S.1131 f. (S.1132), wo eigene Aktien zum Zwecke der Einziehung erworben wurden.

Vermögen am Schluss des der Verschmelzung vorangegangenen Wirtschaftsjahres.¹⁾ Bei wörtlicher Anwendung dieser Regelung gehören eigene Anteile nicht zum Endvermögen, da sie im Zeitpunkt der Verschmelzung untergehen; sie sind aber umgekehrt im Anfangsvermögen enthalten. Der Übertragungsgewinn würde sich also um den Wert der eigenen Anteile vermindern.²⁾ Diesen Standpunkt hat der Reichsfinanzhof indes später unter Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze der Gewinnermittlung aufgegeben. Danach ist der Übergang von eigenen Anteilen ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang, der den Schlussgewinn der Übertragerin nicht beeinflussen darf.³⁾ Dieser Auffassung ist, betriebswirtschaftlichen Prinzipien der Gewinnermittlung entsprechend, zuzustimmen. Es kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber mit der fraglichen Bestimmung¹⁾ lediglich das grundsätzliche Vorgehen anlässlich der Verschmelzung regeln wollte, so dass Einzelfragen in diesem Rahmen nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften zu entscheiden sind.⁴⁾ Der durch den Wegfall der eigenen Anteile geminderte Übertragungsgewinn ist somit ausserhalb der Bilanz zu erhöhen.

Nach den Normen des Umwandlungs-Steuergesetzes gelten für die übernommenen Wirtschaftsgüter, einschliesslich derjenigen, die nach der Verschmelzung bei der Übernehmerin nicht mehr auszuweisen sind, die Buchwerte als Ausgangswerte.⁵⁾ Daher wurde die Ansicht vertreten, dass die eigenen Anteile in der Schlussbilanz der Übertragerin zum Buchwert einzustellen und mit diesem von der empfangenden Gesellschaft "wenigstens einen Augenblick lang" zu übernehmen und dann dort unter Entstehung eines Verlustes auszubuchen sind.⁶⁾

Obwohl die Höhe des Übertragungsgewinns unabhängig davon ist, ob man die eigenen Anteile in der Endbilanz der untergehenden Ge-

1) Vgl. § 14 Abs.2 KStG in Verbindung mit § 15 Abs.1 KStG.

2) Vgl. RFH v.10.10.1930, I A 242/30, RStBl 1930, S.760 f.

3) Vgl. RFH v.19.12.1933, I A 143/33, RStBl 1934, S.436; RFH v.25.4.1939, I 120/38, RStBl 1939, S.923; RFH v.27.10.1942, I 17/42, RStBl 1942, RStBl 1942, S.1131 f.

4) Gemäss § 14 Abs.5 in Verbindung mit § 15 Abs.1 KStG sind diese grundsätzlich auch für die Verschmelzung anwendbar.

5) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG.

6) Vgl. Winterberg, "Steuerliche Erleichterungen bei der Umwandlung". in: "Der Betrieb" 1957, S.955 f.

sellschaft "mit ihrem bisherigen Buchwert ansetzt oder sie mit 0 DM bewertet und den aus dieser Wertberichtigung entstehenden Verlust ausserhalb der Bilanz dem Gewinn wieder hinzurechnet", hat der Wertansatz bei der Übertragerin doch für die Bewertung bei der aufnehmenden Gesellschaft eine Bedeutung.¹⁾ Sind die eigenen Anteile mit ihrem bisherigen Buchwert anzusetzen, so ist dieser von der Übernehmerin fortzuführen, wodurch sich zunächst der Übernahmegewinn erhöht; da die eigenen Anteile nicht weitergeführt werden können, entsteht jedoch dann ein Verlust.²⁾ Dass der Übernehmer, wenn er den Wert der Anteile nach § 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG auf Null zusammenschneidet, die Steuervergünstigung für den gesamten noch verbleibenden Übernahmegewinn mit Ausnahme der Rücklagebildung verliert,³⁾ folgt aus der Bewertungssystematik des Umwandlungs-Steuergesetzes. Dieser Einwand ist daher nicht wesentlich. Zur Lösung des Problems ist vielmehr von den in § 3 UmwStG niedergelegten Bewertungsgrundsätzen auszugehen. Danach gilt der Grundgedanke von Satz 2, "wo ein höherer Wert als der übliche Buchwert z u g e l a s s e n wird, dieser aber auch den T e i l w e r t (der hier 0 DM ist) n i c h t ü b e r s c h r e i t e n darf", selbstverständlich auch für die Anwendung des Satzes 1 der genannten Vorschrift.⁴⁾ Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung bestätigt, dass das Umwandlungs-Steuer-gesetz lediglich die Höhe der Wertansätze und nicht die Frage der Bewertung dem Grunde nach regelt. Hierfür gelten die allgemeinen Prinzipien der Gewinnermittlung. Danach darf der Wert der eigenen Anteile - wie bereits vorstehend ausgeführt - nicht in die Endbilanz der Übertragerin aufgenommen werden, so dass seine Fortführung durch die übernehmende Gesellschaft entfällt. Vielmehr ist dieser Wert ausserhalb der Bilanz dem Übertragungsgewinn zuzurechnen.

1) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.230.

2) Vgl. Winterberg, a.a.O., in: "Der Betrieb" 1957, S.955 f.

3) Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.578/579.

4) Veith-Börnstein, a.a.O., S.230 (im Original gesperrt).

3. Verschiedenartige Gegenleistungen

Um das Wesen der einzelnen Gegenleistungen herauszustellen, wurden bisher die verschiedenartigen Möglichkeiten gesondert dargestellt. In der Praxis werden indes die diversen Gegenleistungen häufig nebeneinander gewährt, so dass in einem Fusionsfall gesellschaftsrechtliche und tauschähnliche Vorgänge zugleich stattfinden können. Eine Fortführung der bisherigen Buchwerte bei der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft gemäss § 15 Abs.2 KStG ist somit nur dem Anteil der jungen Aktien an der gesamten Gegenleistung entsprechend möglich. Im übrigen ist die Besteuerung der stillen Reserven der Übertragerin bei der aufnehmenden Gesellschaft sicherzustellen. Besteht z.B. die Gegenleistung zur Hälfte in Anteilsrechten an der Übertragerin und zu je einem Viertel in jungen und in eigenen Aktien, so können die stillen Reserven in dem Betriebsvermögen der untergehenden Gesellschaft lediglich zu einem Viertel auf die aufnehmende Gesellschaft übertragen werden, während drei Viertel zu realisieren sind, falls die Besteuerung nicht sichergestellt wird. Nach welchen Massstäben dabei stille Reserven in den einzelnen Wirtschaftsgütern des Anlage- bzw. Umlaufvermögens aufzulösen sind, wurde bereits bei der Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes erörtert, bei der dieser Frage im Zusammenhang mit der Wertauf- bzw. Wertabstockung eine besondere Bedeutung zukommt.¹⁾ Die Steuervergünstigung gemäss § 15 Abs.2 KStG muss jedoch nicht in Anspruch genommen werden, auch wenn ausschliesslich junge Aktien die Gegenleistung bilden. Dieser Fall wird insbesondere eintreten, wenn ein Verlust bei der Übertragerin durch die Aufdeckung stiller Reserven verrechnet werden kann.

II. Besondere Fragen bei der Bilanzierung des Anfangsvermögens der übertragenden Gesellschaft

Das Anfangsvermögen ist grundsätzlich der Wert des Betriebs-

1) Vgl. oben S.85 ff.

vermögens der letzten zur Körperschaftsteuerveranlagung herangezogenen Bilanz.¹⁾ Dabei gelten für die laufende Erfolgsermittlung die Vorschriften des Einkommensteuergesetzes,²⁾ soweit das Körperschaftsteuerrecht keine besonderen Bestimmungen enthält. Die Anfangsbilanz weist somit die Buchwerte aus, "die sich im Rahmen des Bilanzzusammenhangs seit der Anschaffung der einzelnen Wirtschaftsgüter entwickelt haben".³⁾ Entsprechendes gilt auch für die Verschmelzung auf Grund des Umwandlungs-Steuergesetzes, da hier im Hinblick auf die übertragende Gesellschaft lediglich die Bewertung für das Endvermögen geregelt wird. Die der Berichtigung des Anfangsvermögens dienenden allgemeinen Bestimmungen gelten demnach in beiden Fällen der Verschmelzung.

1. Die Berücksichtigung von Gewinnausschüttungen

Das Anfangsvermögen ist um den Gewinn des vorangegangenen Wirtschaftsjahres zu kürzen, der in der Zeit bis zur Verschmelzung ausgeschüttet wurde.⁴⁾ Diese Vorschrift entspricht dem allgemeinen Grundsatz des Bilanzsteuerrechts, dass der steuerliche Gewinn durch gesellschaftsrechtliche Vorgänge nicht beeinflusst werden darf. Da jedoch eine Gewinnausschüttung ohnehin nicht mehr im Anfangsvermögen des folgenden Wirtschaftsjahres erscheint,⁵⁾ kann sich diese Vorschrift nur auf den Fall beziehen, "dass der im letzten Wirtschaftsjahr erzielte Gewinn nicht mit Wirkung für das Wirtschaftsjahr ausgeschüttet, sondern vorgetragen wurde".⁶⁾ In erweiterter Auslegung des gesetzlichen Wortlauts wird es sich hierbei auch um Gewinnausschüttungen aus früheren Wirtschaftsjahren handeln können.⁷⁾

1) Vgl. § 14 Abs.4 Satz 1 KStG in Verbindung mit § 15 Abs.1 KStG.

2) Vgl. § 6 Abs.1 KStG.

3) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.476.

4) Gemäss § 14 Abs.4 Satz 3 KStG.

5) Vgl. die Buchung per Reingewinnkonto an Dividendenkonto (Verbindlichkeitskonto gegenüber den Gesellschaftern).

6) Mirre-Dreutter, "Körperschaftsteuergesetz", München und Berlin 1939, § 14 Anm.5a KStG.

7) Vgl. Blümich-Klein-Steinbring, a.a.O., S.951.

2. Das hilfsweise Anfangsvermögen

Hat der letzten Veranlagung ein Wert des Betriebsvermögens nicht zugrunde gelegen, so tritt an seine Stelle der Betrag des eingezahlten Grund- oder Stammkapitals bzw. ersatzweise die Summe der Einlagen bzw. der Anschaffungs- oder Herstellungspreis im Sinne des Einkommensteuergesetzes.¹⁾

Ist die letzte Veranlagung unterblieben, so wäre nach dem Wortlaut dieser Vorschrift als hilfsweises Anfangsvermögen das Grund- oder Stammkapital anzusetzen. Durch diese Handhabung würde der Bilanzzusammenhang und damit der Grundsatz der Erfassung und Besteuerung des Totalgewinns durchbrochen. Es ist deshalb der Auffassung beizupflichten, dass hier als Anfangsvermögen in sinn- gemässer Anwendung des § 14 Abs.4 Satz 1 KStG das Betriebsvermögen gilt, "das für den Schluss des der Auflösung vorangegangenen Wirtschaftsjahres im Fall einer Erfolgsbesteuerung festzustellen gewesen wäre".²⁾ Die Bestimmungen über das hilfsweise Anfangsvermögen sind demnach nur anzuwenden, wenn die Verschmelzung vor dem Abschluss des ersten Wirtschaftsjahres der übertragenden Gesellschaft vorgenommen wird.

III. Der Bilanzierungszeitpunkt für das Endvermögen der übertragenden Gesellschaft

Der Übergang des Vermögens der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft tritt mit der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Handelsregister ein.³⁾ Die aktienrechtliche "Schlussbilanz" sowie die Endbilanz nach dem Umwandlungsgesetz sind dabei für einen höchstens sechs Monate vor der An-

1) Vgl. § 14 Abs.4 Satz 2 KStG in Verbindung mit § 15 Abs.1 KStG.

2) RFH v.4.10.1938, I 374/37, RStBl 1938, S.1142 f. (S.1142).

3) Gemäss § 240 Abs.3 Satz 1 AktG bzw. § 5 UmwG.

meldung zum Handelsregister liegenden Zeitpunkt aufzustellen.¹⁾ Damit erhebt sich die Frage, ob nicht steuerlich eine entsprechende Rückwirkung auf diesen Stichtag, entgegen der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit einer Rückbeziehung von Gesellschaftsverträgen, möglich ist.

1. Die Frage der steuerlichen Rückbeziehung bei der Verschmelzung nach Aktienrecht

Handelsrechtlich ist der Vermögensübergang und damit die Verschmelzung erst im Zeitpunkt der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Handelsregister vollzogen. Daher wäre nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen die "Schlussbilanz" der übertragenden Gesellschaft auf diesen Stichtag zu erstellen. In Anwendung wirtschaftlicher Betrachtungsweise hält der Reichsfinanzhof jedoch - ebenso wie bei Neugründungen - den Zeitpunkt für entscheidend, "in dem der Verschmelzungsvertrag abgeschlossen ist und die diesem Verträge entsprechende geschäftliche Betätigung begonnen hat".²⁾ Eine Ausnahme kann anerkannt werden, wenn der gewählte Bilanzstichtag nur verhältnismässig kurze Zeit von dem nach diesen Grundsätzen massgebenden Zeitpunkt abweicht und in der Zwischenzeit keine beachtlichen Änderungen des Gesellschaftsvermögens eingetreten sind.³⁾

Ob diese vom Reichsfinanzhof aufgestellten Prinzipien heute noch Gültigkeit besitzen, bezweifeln Veith-Börnstein⁴⁾ auf Grund einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs über die Rückbeziehung durch Gesellschafterbeschluss bei der Umwandlung nach § 45 DMBilG.⁵⁾ Das betreffende Urteil, dem ein Gutachten des Obersten

1) Gemäss § 239 Abs.3 AktG bzw. § 4 Abs.2 UmwG. In § 3 der "Dritten Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften" vom 2.12.1936 (RGBl 1936 I, S.1003) betrug die Frist nur vier Monate.

2) RFH v.18.4.1934, I A 68/32, RStBl 1934, S.840 ff. (S.842).

3) RFH v.31.1.1939, I 172/38, RStBl 1939, S.466 ff. (S.467) unter Verweisung auf RFH v.24.3.1931, I A 235/30, RStBl 1931, S.304.

4) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.210/211.

5) BFH v.22.7.1952, I 62/52 U, BStBl 1952 III, S.226. Die Rückbeziehung der Umwandlung nach § 45 DMBilG auf den 21.6.1948

Finanzgerichtshofes zugrunde liegt,¹⁾ hält jedoch an den bisher geltenden Grundsätzen fest. Danach ist eine Kapitalgesellschaft "auch steuerlich erst mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister erloschen". Die Bedeutung des Abschlusszeitpunkts des Gesellschaftsvertrags wird indirekt dadurch bestätigt, dass diese Möglichkeit in dem zu entscheidenden Fall nicht zum Zuge kommen konnte, da es sich um das Erlöschen einer Kapitalgesellschaft handelte.²⁾ Im übrigen ging es bei der Umwandlung nach § 45 DMBilG um eine Rückwirkung, die sich auf mehrere Jahre - und nicht wie bei der Verschmelzung nur auf Monate - zurückerstrecken sollte.³⁾

Der Stichtag der "Schlussbilanz" kann nach den Vorschriften des Aktiengesetzes bis zu sechs Monaten vor der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister liegen. Steuerlich ist dagegen eine Rückbeziehung lediglich bis zum Abschlusszeitpunkt des Gesellschaftsvertrags möglich. Der Verschmelzung liesse sich daher mit steuerlicher Wirkung eine "Schlussbilanz" auf einen früheren Termin nicht zugrunde legen. Dieses Ergebnis ist als unbillig anzusehen, weil für die Verschmelzung nach dem Umwandlungsrecht der Stichtag der Handelsbilanz von jeher auch steuerlich zulässig war. Nachdem beide Wege der Verschmelzung in wesentlichen wirtschaftlichen und juristischen Merkmalen übereinstimmen, erscheint eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt. Der Stichtag der "Schlussbilanz" wird daher auch steuerlich als zulässig anzuerkennen sein.⁴⁾

wurde durch das DMBil-Ergänzungsgesetz v.29.12.1950 (BGBl 1050 Nr.54) abgelehnt. In dieser Neufassung ist nach Ansicht des Bundesfinanzhofes eine nachträgliche gesetzliche Auslegung des § 45 DMBilG zu sehen, so dass die neue Regelung auch rückwirkend Geltung besitzt.

- 1) Gutachten des OFH v.26.6.1950, I D 1/50 S, in: "Steuer und Wirtschaft" 1950, Teil II, Nr.92, Sp.209.
- 2) BFH v.22.7.1952, I 62/52 U, BStBl 1952 III, S.226.
- 3) Gutachten des OFH v.26.6.1950, a.a.O., in: "Steuer und Wirtschaft" 1950, Teil II, Sp.212.
- 4) Vgl. Gebhardt, J., in: Reinhardt-Gebhardt, a.a.O., Bd.II, S.219. - Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.475.

2. Die Möglichkeit der steuerlichen Rückbeziehung bei der Verschmelzung nach Umwandlungsrecht

Entgegen den allgemeinen steuerlichen Prinzipien, hat der Reichsfinanzhof für die Verschmelzung nach Umwandlungsrecht eine Rückbeziehung der steuerlichen Endbilanz auf den Stichtag der Handelsbilanz zugelassen. Dem Zweck der ursprünglichen Umwandlungsgesetzgebung entsprechend, sollten die begünstigten Vorgänge nicht durch "das starre Festhalten an dem Verlangen, dass die für die letzte Veranlagung massgebende Bilanz auf den Schluss-tag des letzten Besteuerungszeitraums aufgestellt werden muss", erschwert werden.¹⁾ Mit Rücksicht auf den allgemeinen Grundsatz der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz kommt der Reichsfinanzhof sogar zu dem Schluss, der Stichtag der steuerlichen Endbilanz müsse grundsätzlich mit dem der handelsrechtlichen "Schlussbilanz" übereinstimmen.¹⁾ Diese Auffassung geht indes zu weit. Eine Anwendung der allgemeinen steuerlichen Grundsätze über die Rückbeziehung von Gesellschaftsverträgen sollte nicht ausgeschlossen werden.

Das Umwandlungs-Steuer-gesetz hat die Frage der Rückbeziehung ausdrücklich in dem bereits vom Reichsfinanzhof entschiedenen Sinne geregelt. Danach ist die Besteuerung durchzuführen, als ob bereits in dem Zeitpunkt, für den die handelsrechtliche Verschmelzungsbilanz aufgestellt worden ist, die Vermögensübertragung stattgefunden hätte und die übertragende Kapitalgesellschaft aufgelöst worden wäre.²⁾ Diese Regelung entspricht dem Bedürfnis der Praxis, dass die Bilanz, die handelsrechtlich der Verschmelzung zugrunde gelegt wird, zugleich auch für die Besteuerung massgebend ist.³⁾ Damit sich jedoch der Vermögenstand zwischen diesem fiktiven Zeitpunkt des Vermögensübergangs und dem Tag der

1) RFH v. 31.1.1939, I 172/38, RStBl 1939, S.466.

2) Vgl. § 2 Abs.2 UmwStG.

3) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuer-gesetzes, a.a.O., zu § 2, S.387.

rechtlichen Wirksamkeit der Verschmelzung nicht zu sehr ändern kann, muss die steuerliche Endbilanz "für einen Zeitpunkt aufgestellt sein, der höchstens sechs Monate vor der Anmeldung des Verschmelzungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister liegt".¹⁾

IV. Von der übertragenden Gesellschaft gewährte Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG

Durch die besondere Ausgestaltung der im Jahre 1949 geschaffenen Steuerbegünstigung für die Gewährung von Darlehen zur Förderung des Wohnungsbaus gemäss § 7c EStG ergeben sich bei der übertragenden Gesellschaft spezielle Fragen. Diese sollen im folgenden untersucht werden. Für die steuerliche Behandlung sind dabei die bis 1954 und die ab 1955 hingegebenen Darlehen zu unterscheiden, da die Steuerbegünstigung mit Wirkung vom 1.1.1955 grundlegend umgestaltet wurde.²⁾ Die Ausführungen gelten sinngemäss auch für die von 1951 bis 1954 gewährten Darlehen zur Förderung des Schiffsbaus gemäss § 7d Abs.2 EStG, nachdem hierfür die gleichen Grundsätze wie bei den bis zu diesem Zeitpunkt hingegebenen 7c-Darlehen zur Anwendung kamen. Die bei einer Darlehensgewährung der übertragenden an die aufnehmende Gesellschaft oder umgekehrt entstehenden Probleme sind jedoch erst im nächsten Abschnitt, zusammen mit den übrigen Schuldverhältnissen zwischen den Verschmelzungspartnern, zu erörtern.

1. Die Behandlung der vor dem 1.1.1955 hingegebenen Darlehen

Die vor dem 1.1.1955 gewährten unverzinslichen Darlehen zur

-
- 1) Vgl. § 2 Abs.1 UmwStG. Infolge der späten Verkündung des Umwandlungs-Steuergesetzes konnte, wenn der Verschmelzungsbeschluss vor dem 1. November 1957 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wurde, der Verschmelzung noch eine Endbilanz zum 31.12.1956 zugrunde gelegt werden. Vgl. § 14 UmwStG.
- 2) Vgl. Steuerneuordnungsgesetz vom 16.12.1954, BStBl 1954 I, S.575 ff. (S.577 f.).

Förderung des Wohnungsbaus konnten im Jahr der Hingabe als Betriebsausgaben abgesetzt werden, wenn sie an einen bestimmten Empfängerkreis gegeben und unverzüglich und unmittelbar zum Bau von Wohnungen verwendet wurden. Die Darlehen waren unter gleichzeitiger Einstellung eines Passivpostens "Wertberichtigung nach § 7c EStG" zu aktivieren. Hierauf beruhte die gewinnmindernde Wirkung der Darlehen.¹⁾ Die späteren Tilgungsbeträge auf die Darlehen stellen dagegen Betriebseinnahmen dar, die über eine gewinnerhöhende Auflösung der Wertberichtigung steuerlich erfasst werden. Die Abtretung einer Darlehensforderung bedeutet grundsätzlich die Rückzahlung des Darlehens an den Gläubiger. Bei einer Abtretung von nach dem 31.5.1953 hingegebenen Darlehen innerhalb der Mindestlaufzeit von drei Jahren²⁾ ist stattdessen die Steuerbegünstigung rückwirkend aufzuheben, d.h. eine Nachversteuerung vorzunehmen.

Im Schrifttum wird angenommen, die wertberichtigten Darlehen könnten bei der Verschmelzung gemäss § 15 Abs.2 KStG mit dem steuerlichen Buchwert übertragen werden.³⁾ Dieser Auffassung, die sich auf die bisherige Handhabung der Finanzverwaltung stützt, ist zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zuzustimmen.

Die Wertberichtigung der Darlehen kommt einer gesetzlich zugelassenen Bildung stiller Reserven gleich.⁴⁾ Allgemeinen körperschaftsteuerlichen Prinzipien entsprechend, würde sich deshalb die Behandlung der Darlehen danach richten, ob die in den über-

1) Bei der buchmässigen Behandlung muss mit Recht "das vollkommene Ungewöhnliche hervorgehoben werden, dass nach § 7c EStG Darlehen, die die geradezu klassische Form der Umschichtung von Betriebsvermögen darstellen, zur Verminderung des Gewinns führen". Grass-Böttcher, "§ 7c-Handbuch", Stuttgart 1952, II B 1, S.6.

2) Vgl. § 7c Abs.2 Ziff.2b EStG 1953.

3) Vgl. "Rückfluss von 7d-Darlehensforderungen bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft", Verfügung der Oberfinanzdirektion Hamburg vom 29.12.1952, S.2132 - 277 St 24, abgedruckt in: "Der Betriebs-Berater" 1953, S.312. - Vgl. Hartmann-Böttcher, "Grosskommentar zur Einkommensteuer" Band I, Stuttgart 1955, § 7c 1949/1953, S.82, unter Bezugnahme auf "Steuerliche Behandlung von 7c-Darlehen bei Umwandlung von Kapitalgesellschaften", in: "Finanzrundschau" 1954, S.463 (ohne Verfasser).

4) Vgl. BFH v.26.8.1955, III 133 und 134/54 S, BStBl 1955, S.278 ff. (S279).

gehenden Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven aufzulösen sind. Diese Frage hängt von der Sicherstellung der Besteuerung ab, so dass eine Übernahme der Buchwerte hiernach lediglich bei der Hingabe von jungen Aktien möglich wäre. Trotzdem ist eine Wertfortführung ohne Rücksicht auf die Art der Gegenleistung als zulässig anzusehen, da der Übergang von Darlehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge - und zwar unabhängig von der Einhaltung der dreijährigen Sperrfrist - keine Rückzahlung an den Gläubiger darstellt.¹⁾ Bei der Verschmelzung nach Aktienrecht und Umwandlungsgesetz ist diese Voraussetzung stets gegeben.

Der Regelung im Umwandlungs-Steuer-gesetz gemäss, ist eine Übernahme der Buchwerte der wertberichtigten Darlehen ohne weiteres möglich; sie können auch wahlweise bis zum Teilwert aufgestockt werden. Die Frage, ob aufgestockt werden muss, wenn die Summe der Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter den Buchwert der Anteile an der untergehenden Kapitalgesellschaft nicht erreicht,²⁾ verneinen Böttcher-Meilicke unter Hinweis auf die Stellung der Darlehen im System des Einkommensteuerrechts.³⁾ Zwar ist richtig, dass es dem Charakter der Darlehen widerspricht, wenn sie vor dem effektiven oder zu unterstellenden Rückfluss nicht mehr als Betriebsausgabe behandelt werden. Die allgemeine ertragsteuerliche Regelung hat jedoch hinter der zwingenden Bestimmung des Umwandlungs-Steuer-gesetzes als *lex specialis* zurückzutreten.

2. Die Behandlung der nach dem 31.12.1954 hingegebenen Darlehen

Bei nach dem 31.12.1954 zur Förderung des Wohnungsbaus gewährten unverzinslichen Darlehen ist die Steuerbegünstigung sowohl sachlich als auch in Bezug auf den Kreis der Darlehensgeber und -empfänger wesentlich eingeschränkt worden. Die Darlehen sind in der Bilanz mit dem Wert anzusetzen, der sich nach Abzug von Zwischenzinsen unter Berücksichtigung von Zinseszinsen vom Nenn-

1) Vgl. §§ 11e Abs.1 Satz 2 und 11b Abs.1 EStDV 1953, BGBI 1954 I, S.67 ff.

2) Vgl. § 4 Abs.1 Satz 2 UmwStG.

3) Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.592.

betrag der Darlehen ergibt. An Stelle der Bildung eines Passi postens können ausserhalb der Bilanz 25% des berücksichtigungsfähigen Darlehensbetrags vom Gewinn abgezogen werden.¹⁾ Wird ein Darlehen innerhalb von zehn Jahren nach der Hingabe abgetreten, so ist im Jahr der Abtreteung der abgezogene Betrag ausserhalb der Bilanz wieder hinzuzurechnen.²⁾ Für die Behandlung der Darlehen bei der Verschmelzung ist aber wiederum entscheidend, dass diese Vorschrift für den Übergang einer Darlehensforderung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen nicht gilt.³⁾ Eine Nachversteuerung ist somit hier nicht vorzunehmen.

Bei der Verschmelzung nach dem Umwandlungs-Steuer-gesetz entstehen, da der abzugsfähige Betrag ausserhalb der Bilanz berücksichtigt wird und der Buchwert des Darlehens lediglich den abgezinsten Nennbetrag darstellt, keine besonderen Probleme.

V. Schuldverhältnisse zwischen übertragender und aufnehmender Gesellschaft

Unter Schuldverhältnissen zwischen den Verschmelzungspartnern werden im allgemeinen gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten, z.B. aus Warenlieferungen und Leistungen, aus Darlehenshingaben, aus Schadenersatzansprüchen usw., verstanden. In weiterem Sinne zählen hierzu auch Rückstellungen, die ein Verschmelzungspartner gegenüber dem anderen eingestellt hat. Zwar kann einer Rückstellung betriebswirtschaftlich nicht nur eine in ihrem Bestand umstrittene oder in ihrer Höhe fragliche Verpflichtung, sondern auch ein nicht genau bestimmbarer Aufwand für künftige Ausgaben im Sinne der dynamischen Bilanzauffassung

1) Vgl. § 7c EStG 1955. Die Steuerbegünstigung wurde durch Art. 1 Nr.7 des Einkommensteuer-Änderungsgesetzes vom 18.7.1958, BGBl 1958 I, S.473 ff., bis zum 31.12.1961 verlängert.

2) Vgl. § 7c Abs.6 EStG 1955.

3) Vgl. § 20 Abs.2 Satz 2 EStDV 1955, BGBl 1955, S.756 ff.

zugrunde liegen. Die Bildung von Rückstellungen ist indes steuerlich nur für ungewisse Schulden möglich, da hier Antizipationen von Ausgaben nicht anerkannt werden.¹⁾ Insofern erscheint die Einbeziehung der Rückstellungen in den Begriff der Schuldverhältnisse berechtigt.

Der Übernahmegewinn wird nach körperschaftsteuerlichen Grundsätzen unabhängig davon erfasst, ob er aus der Übernahme der einzelnen Wirtschaftsgüter oder - eine gedankliche Sekunde später - durch das Erlöschen von Schuldverhältnissen zwischen den Verschmelzungspartnern entstanden ist. Eine Trennung brachte erst das Umwandlungs-Steuer-gesetz, das für den Übernahmegewinn erster und zweiter Stufe eine unterschiedliche Besteuerung vorsieht.

1. Forderungen und Verbindlichkeiten

Zwischen den Verschmelzungspartnern bestehende Forderungen oder Verbindlichkeiten sind in der Endbilanz der Übertragerin ebenso wie solche gegenüber Dritten, an der Verschmelzung nicht Beteiligten, auszuweisen. Dies gilt gleichermassen für die Verschmelzung nach Körperschaftsteuerrecht und Umwandlungs-Steuer-gesetz, da in beiden Fällen eine Konfusion erst mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister eintritt. Das Schuldverhältnis erlischt daher mit der Übernahme der Wirtschaftsgüter durch die aufnehmende Gesellschaft.

Soweit die Forderungen oder Verbindlichkeiten in der Bilanz der übertragenden und aufnehmenden Gesellschaft mit ihrem Nennwert angesetzt sind, vollzieht sich ihre Vereinigung erfolgsneutral. Wird eine wertberichtigte Forderung in der Endbilanz der Übertragerin auf den Teilwert aufgestockt, der im Verschmelzungszeitpunkt regelmässig dem Kennwert der korrespondierenden Verbindlichkeit entspricht, so erhöht sich dadurch der Übertragungsgewinn. Dagegen entsteht ein sogenannter Übernahmefolgegewinn,²⁾ wenn sich

1) Z.B. Rückstellungen für unterbliebene Instandhaltung.

2) Vgl. Brönner, H., "Umwandlungs-Steuer-gesetz", a.a.O., Anm.179 (S.104).

die wertberichtigte Forderung bei der aufnehmenden Gesellschaft mit der hier zum Nennwert angesetzten entsprechenden Verbindlichkeit vereinigt. Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall mutatis mutandis. Welcher der Verschmelzungspartner Gläubiger bzw. Schuldner ist, hat auf die Entstehung eines Übernahmefolgegewinns keinen Einfluss.

2. Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG

Allgemeine Grundsätze

Wurden unverzinsliche Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG an den Verschmelzungspartner gewährt, so tritt mit ihrer Übernahme eine Konfusion von Forderung und Schuld ein. Dabei ist nach allgemeinen Grundsätzen eine Rückzahlung der Darlehen anzunehmen.¹⁾ Diese werden jedoch im Zuge der Verschmelzung durch Gesamtrechtsnachfolge abgetreten. Aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften könnte daher gefolgert werden, dass eine Rückzahlung zu verneinen ist, da die "Darlehensforderung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ... auf einen andern übergeht".²⁾ Dass dies nicht die Absicht des Gesetzgebers ist, geht aus der Überschrift zu der angeführten Bestimmung hervor, wonach der Wechsel von Gläubiger und Schuldner und nicht ihre Vereinigung geregelt werden soll. Die Rückzahlung wird somit nicht durch den Übergang einer Darlehensforderung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge, sondern durch die auf Grund dieses Übergangs eintretende Vereinigung von Forderung und Schuld ausgelöst.³⁾ In diesem Sinne ist auch die Bestimmung auszulegen, die für ab 1955 hingeebene Darlehen getroffen wurde.⁴⁾ Daraus folgt, dass die Vereinigung von Forderung und Schuld grundsätzlich einen steuerpflichtigen Rückfluss der Darlehen bewirkt. Für bis 1954 gewährte Darlehen ist somit die Wertberichtigung nach §§ 7c und 7d EStG gewinnerhöhend aufzulösen,

1) Vgl. BFH v.19.1.1956, IV 604/54 U, BStBl 1956 III, S.85.

2) § 11e Abs.1 Satz 2 EStDV 1953, BGBl 1954, S.67 ff.

3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 5 Anm.28.

4) § 20 Abs.2 Satz 2 EStDV 1955, BGBl 1955, S.756 ff.

während bei ab 1955 hingegebenen Darlehen ein Gewinn durch den Wegfall der Abzinsung sowie durch die - ausserhalb der Bilanz vorzunehmende - Zurechnung von 25% des Nennbetrags entsteht.

Bei einer Abtretung von in der Zeit vom 1.6.1953 bis 31.12.1954 gewährten Darlehen innerhalb der Mindestlaufzeit von drei Jahren ist nachträglich die Steuervergünstigung rückgängig zu machen.¹⁾ Die Mindestlaufzeit beginnt mit dem Tage der Darlehenshingabe. Doch fragt sich, zu welchem Zeitpunkt das Darlehen als abgetreten gilt. Entscheidend hierfür sind die allgemeinen steuerlichen Grundsätze über den Bilanzierungszeitpunkt des Endvermögens, da auch steuerlich das Betriebsvermögen zu diesem Zeitpunkt als Ganzes, d.h. einschliesslich der Darlehen, übergeht. Deshalb ist der hier vertretenen Auffassung gemäss der Stichtag der Endbilanz für die Berechnung der Frist ausschlaggebend.²⁾ Ist z.B. der Stichtag der Endbilanz der 30.9.1957, so wird für in der Zeit vom 1.10. bis 31.12.1954 gewährte Darlehen eine Nachversteuerung erforderlich, da in diesen Fällen die Mindestlaufzeit von drei Jahren nicht erreicht ist.

Die besonderen Vorschriften im Umwandlungs-Steuergesetz

Bestehen Darlehen gemäss §§ 7c und 7d EStG zwischen der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft, so wird nach allgemeinen Grundsätzen durch die Verschmelzung eine steuerpflichtige Rückzahlung ausgelöst. Um die sich hieraus ergebenden Härten zu vermeiden, kann bei der steuerbegünstigten Verschmelzung für den anfallenden Übernahmegewinn zweiter Stufe eine den steuerlichen Gewinn mindernde Rücklage gebildet werden. Diese ist in Höhe des Betrags gewinnerhöhend aufzulösen, der bei Fortbestehen des Darlehensverhältnisses hätte getilgt werden müssen, mindestens jedoch mit 10% jährlich.³⁾ Diese letztere Vorschrift ist wohl für Fälle verständlich, in denen keine Bestimmungen über die Tilgung enthalten sind. Dass jedoch der Gesetzgeber "einen Rückflusszeitraum von 10 Jahren obligatorisch verfügt, auch wenn ein längerer

1) Vgl. § 7c Abs.2 Ziff.2 b EStG 1953.

2) Vgl. oben S.105.

3) Vgl. § 5 Abs.2 Satz 3 UmwStG.

vereinbart war, zeigt leider wieder einmal, wie wenig die Gesetzgebung bürgerlich-rechtliche Gestaltungen achtet".¹⁾

Der dargelegten Regelung entsprechend, kann ein beim Erlöschenden von Darlehensforderungen und -schulden gemäss §§ 7c und 7d EStG ent. tehender Übernahmegewinn zweiter Stufe in eine Rücklage überführt werden. Hieraus wird gefolgert, die Vorschrift des § 7c Abs.2 Ziff.2b EStG 1953, die eine rückwirkende Nachversteuerung fordert, müsse "hinter der Spezialvorschrift des § 5 Abs.2 Satz 3 des Umwandlungs-Steuergesetzes, die die Nachversteuerung in die Zukunft verlagert, zurücktreten".²⁾ Die Vereinigung von Forderung und Schuld und die damit eintretende Nachversteuerung hebt indes die Abzugsfähigkeit des Darlehens beim Geber über eine Berichtigung der Veranlagung des Hingabejahres nach § 4 Abs.3 StAnpG rückwirkend auf. Ein rücklagefähiger Gewinn im Sinne des § 5 Abs.2 Satz 3 UmwStG kann somit nicht entstehen.

Für die Nachversteuerung der in der Zeit vom 1.6.1953 bis 31.12.1954 gewährten Darlehen haben auch bei der steuerbegünstigten Verschmelzung die Grundsätze über den Bilanzierungszeitpunkt des Endvermögens der übertragenden Gesellschaft Geltung. Danach ist für die Übertragung des Betriebsvermögens der Stichtag der Verschmelzungsbilanz entscheidend.³⁾ Dass "die dreijährige Sperrfrist des § 7c Abs.2 Ziff.2b EStG 1953 nur nach tatsächlichen und nicht nach fiktiven Daten berechnet werden kann",⁴⁾ ist infolge der Rückbeziehung gemäss § 2 Abs.2 UmwStG unbeachtlich. Diese Vorschrift ist für und - wie in diesem Falle - auch gegen den Steuerpflichtigen anzuwenden.⁵⁾

Im Gegensatz hierzu wird die Nachversteuerung im Sinne des § 7c Abs.6 EStG 1955 durch eine Billigkeitsregelung des Umwandlungs-Steuergesetzes gemildert. Der hinzuzurechnende Betrag ermässigt sich um 10% für jedes seit der Hingabe des Darlehens bis zum Verschmelzungsstichtag verstrichene volle Jahr.⁶⁾

1) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.623.

2) Hohrmann-Rau, a.a.O., § 5 Anm.36.

3) Vgl. oben S.106 f.

4) Hohrmann-Rau, a.a.O., § 5 Anm.35.

5) Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.622.

6) Vgl. § 6 UmwStG.

3. Rückstellungen für ungewisse Schulden

Durch die Konfusion von Forderungen und Verbindlichkeiten entsteht ein Übernahmefolgegewinn, sofern die Forderung niedriger ausgewiesen ist als die korrespondierende Verbindlichkeit. Im Gegensatz hierzu ergibt sich ein Übernahmefolgegewinn in jedem Falle, wenn die übertragende oder die aufnehmende Gesellschaft Rückstellungen für ungewisse Schulden gegenüber dem anderen Verschmelzungspartner passiviert hat. Im Zeitpunkt der Verschmelzung, d.h. mit der Übernahme der Wirtschaftsgüter durch die aufnehmende Gesellschaft, löst sich die Rückstellung gewinnerhöhend auf. Dabei ist es unerheblich, ob die übertragende oder die aufnehmende Gesellschaft die Rückstellung bilanziert hatte. Als Beispiel sind insbesondere Rückstellungen für Garantieverpflichtungen, die ein Verschmelzungspartner für Lieferungen an den andern bildet, sowie Erneuerungsrückstellungen für Pachtanlagen zu nennen. Bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften tritt - im Gegensatz zur Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Einzelfirma - keine Vermögensvereinigung zwischen dem durch eine Pensionsrückstellung begünstigten Gesellschafter und dem Übernehmer ein, so dass die Rückstellung ohne Gewinnverwirklichung weiterhin ausgewiesen werden kann.¹⁾

VI. Der Verlustvortrag der untergehenden Gesellschaft

Die übertragende Gesellschaft kann einen Verlustvortrag bzw. einen Verlust des letzten Geschäftsjahres mit dem durch die Aufdeckung von stillen Reserven entstehenden Gewinn verrechnen.²⁾ Durch die Wertaufstockung erhöht sich jedoch der Übernahmefolgegewinn und damit die steuerliche Belastung zum Verschmelzungszeitpunkt. Es fragt sich deshalb, ob der Verlustvortrag nicht auch von der

1) Vgl. Köhler, W., a.a.O., S.40.

2) Vgl. RFH v.17.1.1939, I 262/38, RStBl 1939, S.528.

aufnehmenden Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin geltend gemacht werden kann.

Nach Auffassung des Reichsfinanzhofs ist die Übertragung des Rechts auf den Verlustabzug nicht zulässig, da es an die Persönlichkeit desjenigen geknüpft ist, der den Verlust erlitten hat. Eine Ausnahme wird nur anerkannt, wenn zwischen Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger eine steuerliche Personengleichheit besteht, nicht aber schon im Hinblick auf den Fortbestand des Unternehmens als sachlicher Einheit.¹⁾ Selbst im Falle der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine solche anderer Rechtsform, bei der eine Vermögensübertragung nicht stattfindet,²⁾ wurde trotz bürgerlich-rechtlicher Personengleichheit allein wegen der damit verbundenen Änderung der Rechtsform die steuerliche Personengleichheit verneint.³⁾

Der Bundesfinanzhof hat an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten. Demnach ist der Verlustvortrag an das Weiterbestehen einer Körperschaft als juristische Person geknüpft und geht "durch die Aufnahme einer juristischen Person im Wege der Verschmelzung in eine Muttergesellschaft verloren".⁴⁾

Bürgerlich-rechtlich besteht keine Personengleichheit zwischen den Verschmelzungspartnern. Der Bundesfinanzhof hat jedoch - allerdings im Falle der Steuervergünstigung für Ersatzbeschaffung nach § 7a EStG 1948/1949 - bei einer Betriebsaufspaltung unter Berufung auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine steuerliche Personengleichheit zwischen der Betriebs-GmbH und der verpachtenden Personengesellschaft angenommen, obwohl bürgerlich-rechtlich eine andere Person entstanden ist.⁵⁾ Bei der Verschmelzung unter Aufgabe von Anteilsrechten wird umgekehrt die wirtschaftliche Einheit der Verschmelzungspartner mit rechtlicher Wirkung vollzogen. Auch in diesem Falle ist deshalb die Anerkennung

1) Vgl. RFH v.7.11.1934, VI A 875/34, in: "Steuer und Wirtschaft" 1935, Teil II, Nr.20 (Sp.49); RFH v.12.5.1936, I A 84/36, RStBl 1936, S.789; RFH v.19.5.1936, I A 107/36, RStBl 1936, S.790; RFH v.2.7.1941, VI 433/40, RStBl 1941, S.658; RFH v.26.8.1942, VI 236/42, RStBl 1942, S.1024.

2) Vgl. oben S.4 Anm.3.

3) Vgl. RFH v.13.2.1940, I 177/39, RStBl 1940, S.722 ff. (S.723).

4) BFH v.31.1.1956, I 254/55 U, BStBl 1956 III, S.91 f. (S.92).

5) Vgl. BFH v.26.8.1952, I 38/52 U, BStBl 1952 III, S.261.

der steuerlichen Personengleichheit zwischen den Verschmelzungspartnern zu fordern. Dafür spricht zudem, dass die Übernehmerin als Gesamtrechtsnachfolger das Vermögen der erlöschenden Gesellschaft als Ganzes übernimmt, ohne dass zum Vermögen gehörende Rechte und Pflichten im einzelnen übertragen werden müssen. Der Gesamtrechtsnachfolger tritt uneingeschränkt in die Rechtsstellung des Rechtsvorgängers ein und haftet insbesondere auch für dessen Steuerschulden.

VII. Die bilanzielle Behandlung der Kosten und Steuern der Verschmelzung

Hat die übertragende Gesellschaft die bei der Durchführung der Verschmelzung entstehenden Kosten - z.B. Gebühren für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags und die Eintragung in das Handelsregister sowie Rechtsberatungskosten - am Verschmelzungstichtag noch nicht beglichen, so sind entsprechende Verbindlichkeiten in die Endbilanz einzustellen. Hierdurch mindert sich der Übertragungsgewinn. Für die im Zuge der Verschmelzung anfallenden Steuern sind Rückstellungen zu bilden. Die nicht abzugsfähige Körperschaft- und Vermögensteuer¹⁾ ist dem Übertragungsgewinn ausserhalb der Bilanz hinzuzurechnen. Diese Grundsätze gelten für die Verschmelzung nach den Vorschriften des Körperschaftsteuerrechts und des Umwandlungs-Steuergesetzes in gleicher Weise.

Übernimmt die Übertragerin Kosten oder Steuern, welche die aufnehmende Gesellschaft zu tragen hätte, so fragt sich, ob darin eine verdeckte Gewinnausschüttung zu erblicken ist. Für die Grunderwerbsteuer nimmt dies die Finanzverwaltung in der Regel an, da die Gründe für die Übernahme in den Interessen der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft liegen.²⁾ Hiergegen wurde ein-

1) Gemäss § 12 Ziff.2 KStG.

2) Vgl. Besprechung der Steuerreferenten des Bundes und der Länder vom 7.3.1957, über "Körperschaftsteuerliche Behandlung der Grunderwerbsteuer bei Verschmelzungen", in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.502.

gewendet, dass die Schuldübernahme sich nur als Vorauszahlungsabrede besonderer Art darstelle, "deren Erfüllung gewinnneutral - unter Belastung eines Forderungskontos gegen die übernehmende Gesellschaft - zu erfolgen hat".¹⁾ Veith-Börnstein weisen indes mit Recht darauf hin, "dass auch eine Vorauszahlung wie die spätere Gesamtausschüttung des Vermögens nach dem Doppelbesteuerungssystem zunächst der Körperschaftsteuer unterliegt".²⁾ Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist gegeben, wenn die Schuld von der Übertragerin ohne eine echte Gegenleistung lediglich wegen der Gesellschaftereigenschaft der aufnehmenden Gesellschaft übernommen wird.³⁾ Diese Folge kann allerdings nur für die tatsächlich übernommene Schuld eintreten. Entscheidend ist somit, ob die Steuern und Kosten von der übertragenden oder von der aufnehmenden Gesellschaft zu tragen sind. Für die Grunderwerbsteuer haften beide Gesellschaften als Gesamtschuldner und somit im Innenverhältnis gemäss § 426 BGB im Zweifel zu gleichen Teilen.⁴⁾ Daher kann die Übertragerin höchstens die Hälfte der Grunderwerbsteuerschuld übernehmen, so dass auch nur insoweit eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen ist.

Werden von der aufnehmenden Gesellschaft junge Aktien hingegeben, so sind die Kosten für deren Ausgabe abzugsfähig, soweit sie nicht aus dem Aufgeld gedeckt werden können.⁵⁾ Ein Aufgeld liegt auch vor, wenn Wirtschaftsgüter übernommen werden, deren steuerlicher Wert den Nennwert der Aktien übersteigt.⁶⁾ Die Abzugsfähigkeit der Ausgabekosten ist deshalb davon abhängig, ob die Buchwerte, die gemäss § 15 Abs.2 KStG fortgeführt werden können, den Nennwert über- oder unterschreiten. Als abzugsfähige Kosten kommen die Kapitalverkehrsteuern, Emissionskosten, Bankpro-

-
- 1) Fasold, R.W., "Zur körperschaftsteuerlichen Behandlung der Grunderwerbsteuer bei Verschmelzungen", in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.819.
 - 2) Veith-Börnstein, a.a.O., S.234.
 - 3) Vgl. Spitaler, A., "Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung", in: "Der Betrieb" 1948, S.148.
 - 4) Vgl. Neumann, S., "Das Grunderwerbsteuergesetz", 4.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1955, § 15, S.100.
 - 5) Vgl. § 11 Ziff.1 KStG.
 - 6) Vgl. RFH v.20.12.1933, I A 340/32, RStBl 1934, S.439.

visionen, Herstellungskosten der Aktien, Notariats- und Gerichtskosten sowie die Kosten der Börseneinführung in Betracht, nicht jedoch die Grunderwerbsteuer.¹⁾

Gehen Anteilsrechte an der Übertragerin unter, so bilden, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, nicht nur diese, sondern auch die Aufwendungen für die Verschmelzung Anschaffungskosten für das übernommene Betriebsvermögen. Die Wirtschaftsgüter sind indes bereits zum Teilwert der Gegenleistung anzusetzen. Daher ist die Aktivierung der Verschmelzungskosten nicht möglich. Sie stellen deshalb abzugsfähige Betriebsausgaben dar.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man auch für die Verschmelzung nach den Vorschriften des Umwandlungs-Steuergesetzes. Hier sind bestimmte Werte als Ausgangswerte des übernommenen Vermögens vorgeschrieben, so dass für eine Aktivierung der Verschmelzungskosten durch ihre Verteilung auf die Einbuchungswerte kein Raum ist.²⁾ Nachdem das Umwandlungs-Steuergesetz die Behandlung der Verschmelzungskosten nicht näher geregelt hat, wird davon auszugehen sein, dass eine Aktivierung aus Vereinfachungsgründen unterbleiben kann.³⁾

VIII. Die Besteuerung des Übertragungs- und Übernahmegewinns nach Körperschaftsteuer- recht und Umwandlungs-Steuergesetz

Die körperschaftsteuerliche Regelung

Die Entstehung eines Übertragungsgewinns hängt von der Sicherstellung der Besteuerung ab. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so wird der zu realisierende Gewinn mit einem Steuersatz von zur Zeit 51% erfasst, falls die Übertragerin nicht den für

1) Vgl. Blümich-Klein-Steinbring, a.a.O., S.874.

2) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.256. - Anderer Meinung Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.596.

3) Vgl. Hohrmann-Rau, a.a.O., § 4 Anm.74.

"personenbezogene" Kapitalgesellschaften geltenden Steuersatz von 49% in Anspruch nehmen kann.¹⁾ Der ermässigte Tarif für ausgeschüttete Gewinne ist nicht anwendbar, da "berücksichtigungsfähige Ausschüttungen" nur solche "auf Grund eines den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses" sind²⁾ und der Verschmelzungsbeschluss wohl kaum in einen Gewinnverteilungsbeschluss umgedeutet werden kann.³⁾

Von der aufnehmenden Gesellschaft aus gesehen, stellt die Verschmelzung einen Geschäftsvorfall des Wirtschaftsjahres dar, in dem sie vorgenommen wird.⁴⁾ Auch der entstehende Übernahmegewinn unterliegt daher den angegebenen Sätzen.

Die Vergünstigungen des Umwandlungs-Steuergesetzes

Das Umwandlungs-Steuergesetz sieht für den Übertragungsge-
winn keinen besonderen Tarif vor. Deshalb gelten die allgemeinen
Körperschaftsteuersätze. Die Anwendung des Sondertarifs für "per-
sonenbezogene" Kapitalgesellschaften kommt allerdings nicht in
Frage, da hierfür u.a. Voraussetzung ist, dass sich das Nennkapi-
tal zu mindestens 76% in Händen natürlicher Personen befindet.⁵⁾
Dagegen muss nach den Vorschriften des Umwandlungsrechts die auf-
nehmende Kapitalgesellschaft zu mehr als 75% an der Übertragerin
beteiligt sein. Diese beiden Voraussetzungen schliessen sich ge-
genseitig aus.

Das Umwandlungs-Steuergesetz gewährt für den Übernahmegewinn Vergünstigungen. Diese bestehen einmal in einer Ermässigung
des Steuersatzes und zum anderen in der Möglichkeit, den Übernah-
megewinn durch die Bildung einer Rücklage in spätere Wirtschafts-
jahre zu verlagern.

Im Gegensatz zu den körperschaftsteuerlichen Grundsätzen
sind zwei Stufen des Übernahmegewinns zu unterscheiden. Die erste
Stufe entsteht dadurch, dass der Wert der übernommenen Wirtschafts-

1) Vgl. § 19 Abs.1 Ziff.1 und 2 KStG. Bei Einkommen bis zur Höhe
von 50 000 DM besteht für "personenbezogene" Gesellschaften
ein progressiver Tarif.

2) Vgl. § 19 Abs.3 KStG.

3) Vgl. Haver, a.a.O., in: "Der Betriebs-Berater" 1957, S.889.

4) Vgl. Veith-Börnstein, a.a.O., S.317.

5) Vgl. § 19 Abs.1 Ziff.2 KStG.

güter insgesamt den Buchwert der schwindenden Beteiligung übersteigt. Dieser Übernahmegewinn der ersten Stufe kann mit einem ermässigten Körperschaftsteuersatz von 20% besteuert werden, falls die Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter nach § 4 Abs.1 Satz 1 UmwStG bei der aufnehmenden Gesellschaft fortgeführt werden.¹⁾ Ist dies nicht der Fall, d.h. liegen die Einbuchungswerte gemäss § 4 Abs.1 Satz 3 UmwStG zwischen dem Buchwert des übergehenden Betriebsvermögens und dem der untergehenden Beteiligung, so wird eine Ermässigung nicht gewährt. Vielmehr ist lediglich eine Steuerverlagerung in der Form möglich, dass in Höhe von 75% des entstehenden Übernahmegewinns eine den steuerlichen Gewinn mindernde Rücklage passiviert wird, die in den auf die Bildung folgenden drei Wirtschaftsjahren mit mindestens je einem Drittel gewinnerhöhend aufzulösen ist.²⁾ Diese Sonderregelung wird damit gerechtfertigt, dass durch die Abstockung des übernommenen Betriebsvermögens auf den Buchwert der Beteiligung ein Übernahmegewinn überhaupt vermieden werden kann. Werde auf seine Vermeidung verzichtet, so bestehe kein Anlass, für den verbleibenden Übernahmegewinn den ermässigten Steuersatz zu gewähren.³⁾ Diese Begründung wird im Schrifttum als "wenig überzeugend",⁴⁾ "schwer verständlich"⁵⁾ und unbillig⁶⁾ abgelehnt. Brönner weist mit Recht darauf hin, dass ein Zusammenschneiden auf den Buchwert nur für den Teil der Wirtschaftsgüter in Frage kommt, bei dem stille Reserven überhaupt gelegt werden können, so dass vielfach eine Abstockung in voller Höhe ausgeschlossen ist.⁷⁾ In diesem Falle wird häufig die Fortführung der Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter die einzige Möglichkeit sein, um wenigstens den ermässigten Steuersatz in Anspruch nehmen zu können.

1) Vgl. § 5 Abs.1 Satz 1 UmwStG.

2) Vgl. § 5 Abs.1 Satz 2 und 3 UmwStG.

3) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuer-gesetzes, a.a.O., zu § 5, S.393.

4) Thiel, R., "Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften", in: "Der Betrieb" 1957, S.385 ff. (S.386).

5) Brönner, H., "Umwandlungs-Steuer-gesetz", a.a.O., Anm.187.

6) Beuck, W., "Soll die Kapitalgesellschaft erleichtert umwandeln?", in: "Der Betrieb" 1957, S.904 ff. (S.906).

7) Brönner, H., "Umwandlungs-Steuer-gesetz", a.a.O., Anm.187.

Der Übernahmegewinn der zweiten Stufe (Übernahmefolgegewinn) entsteht durch das Erlöschen von Schuldverhältnissen zwischen den Verschmelzungspartnern. Hierzu gehören Gewinne aus der Vereinigung gegenseitiger Forderungen und Verbindlichkeiten, wenn die Forderung niedriger bewertet wurde als zum Nennwert, sowie aus der Auflösung von Wertberichtigungen und Rückstellungen. Für den Übernahmegewinn der zweiten Stufe kann in voller Höhe eine steuerfreie Rücklage gebildet werden, die in den auf die Bildung folgenden drei Wirtschaftsjahren mit mindestens je einem Drittel gewinnerhöhend aufzulösen ist.¹⁾ Diese Regelung kommt im Falle der Verschmelzung, nachdem das Körperschaftsteuerrecht keine Progression des Steuersatzes kennt, einer Steuerstundung gleich.

Zur unterschiedlichen Behandlung des Übernahmegewinns und des Übernahmefolgegewinns wird darauf hingewiesen, dass ersterer auf Werterhöhungen (offene Rücklagen) entfällt, die bereits bei der Übertragerin versteuert wurden. Dagegen beruhe der Übernahmegewinn der zweiten Stufe auf der Auflösung von Wertberichtigungen und Rückstellungen, die den normal zu versteuernden Gewinn früherer Wirtschaftsjahre gemindert haben. In diesem Fall bestehe deshalb kein Anlass, auf eine dabei anfallende Steuer zu verzichten. Durch die Möglichkeit der Rücklagebildung soll indes eine gewisse Härte ausgeglichen werden, die durch eine Zusammenballung der Auflösung von Wertberichtigungen und Rückstellungen entsteht.²⁾ Dieser Begründung wurde entgegengehalten, dass die übernehmende Gesellschaft hierdurch "an der gerade heute für so viele Betriebe empfindlichen Stelle, nämlich der Entziehung hoher flüssiger Mittel und damit der Anspannung der ohnehin sehr labilen Liquidität", getroffen werde.³⁾ Vom wirtschaftspolitischen Zweck des Umwandlungs-Steuergesetzes betrachtet, entbehrt diese Auffassung nicht einer gewissen Berechtigung. Hiervon abgesehen, stellt die unterschiedliche Behandlung des Übernahmegewinns der ersten und zweiten Stufe nicht nur eine vom logischen Standpunkt gesehen richtige, sondern auch eine im Interesse der gleichmässigen Besteuerung liegende Lösung dar.

1) Vgl. § 5 Abs.2 Satz 1 und 2 UmwStG.

2) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwandlungs-Steuergesetzes, a.a.O., zu § 5, S.393.

3) Vgl. Böttcher-Meilicke, a.a.O., 5.Aufl., 1958, S.625.

Literaturverzeichnis

I. Monographien

- Baumbach-Hueck: Aktiengesetz, 9.Aufl., München und Berlin 1956
- Bergmann, H.: Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Berlin 1935
- Blümich-Falk: Einkommensteuergesetz, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- Blümich-Falk: Einkommensteuergesetz, 8.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1959
- Blümich-Klein-Steinbring: Körperschaftsteuergesetz, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1956
- Böttcher-Meilicke: Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung, 4.Aufl., Berlin 1937
- Böttcher-Meilicke: Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1958
- Brönner, H.: Die Besteuerung der Gesellschaften, 9.Aufl., Stuttgart 1957
- Brönner, H.: Die Besteuerung der Gesellschaften, Ergänzungsband 1959, Stuttgart 1959
- Brönner, H.: Umwandlungs-Steuergesetz, Stuttgart 1957
- Bühler, O.: Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und die Gewinnbestimmungen der Gewerbesteuer, München und Berlin 1956
- Bühler, O.: Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1956
- Bühler-Scherpf: Bilanz und Steuer, 6.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957
- Bussmann, K.F.: Finanzierungsvorgänge, München 1955
- Crisolli-Groschuff-Kaemmel: Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 2.Aufl., Leipzig 1935
- Deutzmann, G.: Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Handels- und Steuerrecht, Diss. Köln 1955

- Gadow-Heinichen-E.Schmidt-W.Schmidt-Weipert: Aktiengesetz, Berlin 1939, zitiert: Gadow-Heinichen
- Gebele, H.: Bilanz - Sonderbilanz - Status, Diss. München 1958
- v.Godin-Wilhelmi: Aktiengesetz, 2.Aufl., 1950
- Grass-Böttcher: § 7c-Handbuch, Stuttgart 1952
- Groener, J.L.: Grundzüge der steuerlichen Gewinnermittlung, Detmold 1950
- Grünke, G.: Die Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften nach den Gesetzen vom 5.Juli 1934, Diss. Berlin 1938
- Hartmann-Böttcher: Grosskommentar zur Einkommensteuer, Bd.I, Stuttgart 1955
- Heinen, E.: Handelsbilanzen, in: Die Wirtschaftswissenschaften, Wiesbaden 1958
- Herbig-Kaemmel: Das Recht der Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Berlin 1937
- Hohrmann-Rau: Umwandlungs-Steuergesetz, Heidelberg, Berlin, ohne Jahr
- Kennerknecht-Bülow: Körperschaftsteuergesetz, Köln 1941
- Köhler, W.: Probleme des Umwandlungs-Steuerrechts, Düsseldorf 1959
- Kosiol, E.: Bilanzreform und Einheitsbilanz, 2.Aufl., Berlin-Stuttgart 1949
- Leitner, F.: Bilanztechnik und Bilanzkritik, 6. und 7.Aufl., Bd.II, Berlin und Leipzig 1923
- Liefmann, R.: Kartelle, Konzerne und Trusts, 8.Aufl., Stuttgart 1930
- Littmann, E.: Das Einkommensteuerrecht, 6.Aufl., Stuttgart 1959
- Mirre-Dreutter: Körperschaftsteuergesetz, München und Berlin 1939
- Neumann, S.: Das Grunderwerbsteuergesetz, 4.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- Reimann, H.: Die Fusion in betriebswirtschaftlicher Betrachtung unter spezieller Berücksichtigung schweizerischer Verhältnisse und Erfahrungen, Zürich 1953

- Reinhardt-Gebhardt: Handbuch der steuerlichen Betriebsprüfung, Bd.I und II, Berlin 1937/1938
- Rieger, W.: Einführung in die Privatwirtschaftslehre, 2.Aufl. Erlangen 1959
- Schilling, Gerhard: Drei Jahre Umwandlungsgesetz, Diss. Köln 1937
- Schlegelberger-Quassowski-Herbig-Gessler-Hefermehl: Aktiengesetz, 3.Aufl., Berlin 1939, zitiert: Schlegelberger-Quassowski
- Schmalenbach, E.: Die Aktiengesellschaft, 7.Aufl., Köln und Opladen 1956
- Schmalenbach, E.: Dynamische Bilanz, 12.Aufl., Köln und Opladen 1956
- Töndury-Gsell: Finanzierungen, Zürich 1948
- Trumpler, H.: Die Bilanz der Aktiengesellschaft, 1.Aufl., Berlin und Leipzig 1937
- Trumpler, H.: Die Bilanz der Aktiengesellschaft, 2.Aufl., Basel 1937 und 1950
- Veith-Börnstein: Umwandlungsgesetz und Umwandlungs-Steuer-gesetz, München und Berlin 1958

II. Aufsätze in Zeitschriften und Sammelbänden

- Asseyer: Zweifelsfragen zu den §§ 14 und 15 KStG in: Passauer Vorträge 1942, Bücherei des Steuerrechts, Bd.50, Berlin-Wien 1942, S.91
- Becker, E.: Erläuterungen zur Rechtsprechung, Steuer und Wirtschaft 1937, Teil I, Sp.1179
- Beuck, W.: Soll die Kapitalgesellschaft erleichtert umwandeln?, in: Der Betrieb 1957, S.904 ff.
- Bodenstein: Das neue Körperschaftsteuergesetz, Steuer und Wirtschaft 1934, Teil I, Sp.1481
- Eckstein, H.: Die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1938, Teil I, Sp.1083
- Eckstein, H.: Nochmal die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, in: Steuer und Wirtschaft 1939, Teil I, Sp.1015

- Fasold, R.W.: Zur steuerlichen Gewinnverwirklichung bei Fusionen, in: Der Betriebs-Berater 1956, S.747
- Fasold, R.W.: Zur Körperschaftsteuerlichen Behandlung der Grunderwerbsteuer bei Verschmelzungen, in: Der Betriebs-Berater 1957, S.819
- Fasselt, T.: Anwendung des § 15 Abs.2 KStG bei der nicht unter das Umwandlungsgesetz fallenden Verschmelzung, in: Der Betrieb 1959, S.1064
- Flume, W.: Die "Steuerbegünstigung" der Umwandlung, in: Der Betrieb 1957, S.804
- Flume, W.: Die Anwendbarkeit des § 15 Abs.2 KStG auf die umwandelnde Verschmelzung und die Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft, in: Der Betrieb 1959, S.1233
- Franta, R.: Das neue Umwandlungsgesetz, in: Der Betrieb 1956, S.1198
- Friedrich, W.: Realisierung des Geschäftswerts bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft, in: Der Betrieb 1954, S.460
- Gebhardt, J.: Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1936, S.1179
- Gebhardt, J.: Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht, in: Reinhardt-Gebhardt, Handbuch der steuerlichen Betriebsprüfung, Bd.I und II, Berlin 1937/1938, S.251 und S.209
- Gebhardt, J.: Gewinnverwirklichung bei Aktienbewegungen, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1942, S.513
- Gebhardt, J.: Noch einmal Umwandlung und Gewinnverwirklichung, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1944, S.249
- Grieger: Die Gewinnverwirklichung bei Tausch und tauschähnlichen Vorgängen, insbesondere beim Tausch von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften, in: Deutsche Steuer-Zeitung 1959, S.33
- Haar, A., in Meithner, K.: Festgabe für Julius Ziegler, Die Bilanzen der Unternehmungen, Berlin-Wien 1934, Bd.II, S.571
- Haver: Rechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Überlegungen bei der erleichterten Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Der Betriebs-Berater 1957, S.886
- Hein, G.: Die Steuervergünstigung des § 15 Abs.2 KörpStG bei Verschmelzung (Fusion) zweier Kapitalgesellschaften, in: Finanz-Rundschau 1956, S.293

- Henzel, F.: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 2.Aufl., Bd.II, Stichwort "Verschmelzung", Stuttgart 1939, Sp.2062
- Heyden, H.: Ansatz des Firmenwerts der umgewandelten Kapitalgesellschaft beim Übernehmer, in: Der Betrieb 1959, S.1037
- Knof, E.: Weiteres Beispiel einer Verschmelzung, verbunden mit einer Umwandlung, in: Reinhardt-Gebhardt, Handbuch der steuerlichen Betriebsprüfung, Bd.II, Berlin 1938, S.226
- Kummer: Bilanzsteuerfragen der Änderung der Rechtsform eines Unternehmens, in: Steuer und Wirtschaft 1949, Teil I, Sp.47
- Meilicke: Neugestaltung des Rechts der Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Die Aktiengesellschaft 1957, S.1
- Rau, H.G.: Der Entwurf des Umwandlungs-Steuergesetzes, in: Der Betriebs-Berater 1957, S.396
- Schellenberg, F.: Die Verschmelzungs-Schlussbilanz und die Verschmelzungs-Übernahmebilanz bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften, in: Der Wirtschaftstreuhänder 1940, S.231
- Sonntag: Die steuerliche Behandlung von Verschmelzungsgewinnen bei Gewerkschaften, in: Der Betriebs-Berater 1956, S.398
- Spitaler, A.: Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung, in: Der Betrieb 1948, S.148
- Spitaler, A.: Die Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes im Steuerrecht, in: Neue Betriebswirtschaft 1954, S.7
- Thiel, R.: Die schwindende Kapitalgesellschaft im Körperschaftsteuer- und Einkommensteuerrecht, in: Der Betrieb 1957, S.28
- Thiel, R.: Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Der Betrieb 1957, S.385 ff.
- Thiel, R.: Die Gewinnverwirklichung bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, in: Der Betrieb 1958, S.1281
- Thiel, R.: Die Gewinnverwirklichung bei der Liquidation, der Verschmelzung und der nicht steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Der Betrieb 1959, S.1092
- Velder, F.: Die steuerliche Gewinnermittlung bei aktienrechtlichen Verschmelzungen, in: Steuer und Wirtschaft 1941, Teil I, Sp.391
- Winterberg: Steuerliche Erleichterungen bei der Umwandlung, in: Der Betrieb 1957, S.955

ohne Verfasser: Steuerliche Behandlung von 7c-Darlehen bei
Umwandlung von Kapitalgesellschaften, in: Finanz-Rund-
schau 1954, S.463

ohne Verfasser: Zweifelsfragen zum Dritten D-Markbilanzer-
gänzungsgesetz, in: Der Betriebs-Berater 1956, S.1130

ohne Verfasser: Körperschaftsteuerliche Behandlung der
Grunderwerbsteuer bei Verschmelzung, in: Der Betriebs-
Berater 1957, S.502

Amtliche Begründung zum Entwurf des Umwand-
lungs-Steuergesetzes, abgedruckt bei Veith-Börnstein,
Umwandlungsgesetz und Umwandlungs-Steuergesetz, München
und Berlin 1958

L e b e n s l a u f

Am 21. Dezember 1930 wurde ich in Esslingen a.N. als Sohn des Bundesbahnnamtmanns Karl Linder und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Fallscheer, geboren.

Nach der Volksschule besuchte ich vom Jahr 1941 ab die Georgii-Oberschule in Esslingen a.N., die ich im Jahre 1950 absolvierte. Im Herbst des gleichen Jahres trat ich als kaufmännischer Lehrling in die Firma Robert Bosch GmbH in Stuttgart ein. Im Frühjahr 1953 legte ich vor der Industrie- und Handelskammer Stuttgart die Handlungsgehilfenprüfung ab. Anschliessend war ich in einer Verkaufsabteilung meiner Lehrfirma tätig.

Im Wintersemester 1953/54 begann ich mein Studium an der Universität Tübingen. Seit dem dritten Semester studiere ich Betriebswirtschaftslehre an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München; dort legte ich im Dezember 1956 die Diplom-Prüfung für Kaufleute ab. Daran schloss sich bis August 1958 eine Tätigkeit bei einer Münchner Revisions- und Treuhandgesellschaft an. Seitdem bin ich mit der Ausarbeitung vorstehender Dissertation beschäftigt.

